Eigentumsübertragung mit Hilfe eines Dritten bei unentgeltlichen Zuwendungen auf den Todesfall

Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität
Breslau

vorgelegt von
Max Gödel
Gerichtsreferendar.

Breslau 1933

Druck: Paul Schwarzers Buchdruckerei
Strehlen, Ring 30—31.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- u. staatsw. Fakultät der Universität Breslau.
Berichterstatter: Professor Dr. Schott.

„Meiner Mutter“

Literatur-Verzeichnis.

Altsmann: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. 1899.

Bähr: Ueber die Verträge zu Gunsten Dritter und über die Schuldübernahme. Arch. Zi. Pr. Bd. 67, S. 157 ff.

Bekker: Der Besitz an beweglichen Sachen. Jher. Jahrb. Bd. 34, S. 1.

Bendix: Zur Auslegung des § 873 Bürgerliches Gesetzbuch. Seuff. Bl. Bd. 68, S. 192 ff.

Biermann: Allgemeiner Teil. 1. Aufl.: Sachenrecht, 3. Aufl. 1908.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben 1905.

Breit, J.: Die Verhinderung der Vollziehung einer Willenserklärung, Seuff. Arch. Bd. 71, S. 589.

Breit, M.: Die Willenserklärung als Aeußerung usw. Gruch. Bd. 55, S. 4.
„ Im Sächsischen Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 15, S. 650 ff.

Bruns: Besitzerwerb durch Interessenvertreter, Tübingen 1910.

Cohn, Ernst: Der Empfangsbote, Diss. Breslau 1927.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 8. Aufl. 1927.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. 1. und 2. Aufl. 1900; Sachenrecht, Erbrecht 1917.

David: Verhinderung bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung. Gruch. Bd. 46.

Dernburg-Biermann: Pandekten. 7. Aufl. 1902.

Dernburg: Bürgerliches Recht. Allgemeiner Teil. 1. und 2. Aufl; Schuldverhältnisse, 3. Aufl. Sachenrecht, Erbrecht. 4. Aufl.

Düringer-Hachenburg: Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 1910.

Ebbecke: Die Verfügungen von Todes wegen. Recht 16, S. 233 ff.

Eccius: Wesen der Verfügung des BGB. Gruchot. Bd. 48, S. 465.
„ Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht. Gruch. Bd. 47, S. 51 ff.

Eck-Leonhard: Verträge über die Rechte des BGB. 1903.

Eger: Vertretung beim Eigentumserwerb an beweglichen Sachen. Diss. 1900.

Eichner: Zur Abgrenzung des Boten vom Stellvertreter. Diss. 1910.

Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem BGB. 1903.

Endemann: Allgemeiner Teil. 9. Aufl. 1903, Sachenrecht, Erbrecht. 8 und 9. Aufl. 1919.

Engel: Eigentums- und Besitzerwerb an beweglichen Sachen durch stille Stellvertretung. Diss. 1926.

Engelmann: Das bürgerliche Recht Deutschlands. 1913.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil. 25—29. Aufl. 1926. Schuldrecht, 23.—27. Aufl. 1927. Sachenrecht, 22.—26. Aufl. 1927. Erbrecht, Aufl. 1926.

Ewald: Der Rückerwerb des Nichtberechtigten. Iher. Jahrb. Bd. 76, S. 233 ff.

Falkmann: Die Rechtsstellung des Boten. Diss. 1908.

Fischer-Henle: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl. 1912.

Fleck: Der Bote. Im Arch. f. Bürg. Recht. Bd. 15, S. 410.

Förster: Einzelne Betrachtungen über die dingliche Einigung. Recht 1903, S. 51 ff.

Frankenburger: Die rechtliche Bedeutung der Telefongespräche. DJZ. 1904, S. 844.

Fritze: Stillschweigende Willenserklärung. Arch. für Bürg. Recht. Bd. 14, S. 212.

Frommhold. Erbrecht. 1900.

Fuchs: Grundbegriffe des Sachenrechts, Berlin. 1917.

Georgi: Verträge zu Gunsten Dritter. Diss. Tübingen (1900).

Gareis: Allgemeiner Teil. 1900.

Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1912.

Habicht: Die Verhinderung bei Abgabe einer Willenserklärung. DJZ 1901. S. 265.

Haidlen: Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 1897.

Hauser: Vertragsantrag — Annahme, Vertragsschluß. Z. f. d. ges. Handelsrecht. Bd. 12, S. 34.

Heldrich: Die Vollmacht nach dem Tode des Vollmachtgebers Iher. Jahrb. Bd. 79, S. 316 ff.

Hellmann: Zur Lehre von den Willenserklärungen. Arch. ziv. Prax. Bd. 73, S. 110.

„ Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. 1882.

Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

„ Reichsgerichtiche Judikatur über Zugehen von Willenserklärung. In Iher. Jahrb. Bd. 55, S. 452.

Hölder: Das Wesen der rechtswirksamen Willenserkärung. In Iher. Jahrb. Bd. 55, S. 452.

„ Ueber Willenserklärungen mittels Fernsprecher. DJZ. 1901. S. 157.

„ Vertretung und Vollmacht. Arch. ziv. Prax. Bd. 73, S. 110.

„ Zur Theorie der Willenserklärung. 1905. Festgabe für Laband.

„ Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.

v. Holtzendorff-Kohler: Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 1915.

Hupka: Die Vollmacht.

Isay: Geschäftsführung. 1900.

„ Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts nach BGB. Fischers Hefte. Bd. 2, S. 203.

„ Die Geschäftsführung nach deutschem BGB. Kr. V. J. Bd. 44, S. 41 ff.

Jung: Das Wirksamwerden der mündlich an Mittelspersonen bestellten Willenserkärungen. Arch. ziv. Praxis. Bd. 117, S. 73.

Kämmerer: Die Zulässigkeit einer Stellvertretung im Besitzerwerb. 1908
Kaufmann: Allgemeiner Teil. 1900.
Kipp: Siehe Enneccerus-Kipp-Wolff.
„ Wer kann nach deutschem bürgerlichen Recht mit Vermächtnissen belastet werden. Festschrift der Universität Erlangen. 1901.
Kluckhohn: Verfügungen zu Gunsten Dritter. 1915 in Abhandlungen zu PR. Bd. 27, Heft 1.
Kohler: Vertrag unter Abwesenden. Arch. f. Bürg. Recht. Bd. 1, S. 283.
„ Vertrag und Uebergabe. Arch. f. Bürgerl. Recht. Bd. 18, S. 1 ff.
Koppers: Zugehen mündlicher Willenserklärungen. DJZ. 1906, S. 175.
„ Willenserklärungen mittels Fernsprechers. DJZ. 1901, S. 112.
„ Die Vollendung empfangsbedürftiger mündlicher Willenserklärungen. Gruch. Bd. 46, S. 225.
„ Zeitpunkt der Vollendung einer durch Ferndrucker übermittelten Willenserklärung. DJZ. 1905, S. 159.
Kretzschmar: Sachenrecht. 1906.
Kretzschmar, Dr.: Zur Bedeutung des dinglichen Vertragsrechts. 1910. S. 78 ff.
Kuhlenbeck: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. II. 2. Aufl. 1903; III. 1904.
Kühn: Vertragsschluß unter Abwesenden. Jher. Jahrb. Bd. 16, S. 1.
Kurlbaum: Eigentumsübertragung durch Boten. DJZ. 19, S. 169.
Kurtius: Die Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. Arch. ziv. Prax. 58, S. 71.
Lehmann: Wann untersteht ein Vertrag zu Gunsten Dritter den Vorschriften über die Schenkung von Todes wegen? Arch. Bürg. Recht. Bd. 36, S. 81.
Leonhard: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Erbrecht. 2. Aufl. 1912. Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1929.
„ Stellvertretung beim Fahrniserwerb. 1899.
„ Der Irrtum bei nichtigen Verträgen.
„ Die Wahl bei der Wahlschuld. Jher. Jahrb. Bd. 41, S. 34.
Leonhard Rudolf: Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten, Leipzig 1892.
Lessing: Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
Loewenwarter: Wegweiser durch das BGB. 10.—12. Aufl.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
Marcus: Zur Kasuistik des Botenrechts. Recht 1907, S. 44.
Molitor: Obligatorischer Anspruch, dingliche Einigung und Eintragungsbewilligung, Recht 1903, S. 57 ff.
Mook: Das mandantum post mortem als Vertrag zu Gunsten Dritter und als Verfügung von Todeswegen. 1913.
Motive: Zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1888.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.
Müller-Erzbach: Gefährdungshaftung. Arch. ziv. Prax. Bd. 106, S. 431.
Neubecker: Die empfangsbedürftige Willenserklärung. 1910. Festgabe für Gierke. III. Bd., S. 187.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. I, 3. Aufl.; Bd. II, 6. Aufl.

Nord: Die rechtliche Natur der Besitzübertragung. Diss. Rostock. 1903.
Oppermann: Mündliche Willenserklärungen unter Abwesenden. Sächs. Arch. Bd. 13, S. 310.
Schuldverhältnisse, Sachenrecht. 5. Aufl.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil.
„ Die über den Tod erteilte Vollmacht. Bankarchiv. Bd. 13, S. 5.
„ Zugehen und Vernehmen. Recht. Bd. 10, S. 721.
Piper: Verträge zu Gunsten Dritter im Sachenrecht. Diss. Breslau. 1928.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1897.
Przibilla: Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter. Gruch. Bd. 50, S. 323.
Rappaport: Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis. 1904.
Regelsberger: Ueber die Verträge zu Gunsten Dritter und über die Schuldübernahme. Arch. ziv. Pr. Bd. 67, S. 1 ff.
„ Ueber Besitzerwerb durch Mittelspersonen. Jher. Jahrb. 44, 393.
„ Die Verträge zu Gunsten Dritter. Kr. V. J. 111, 559.
Rehbein: Bürgerliches Gesetzbuch. 1. Aufl. 1899.
Reichsgerichtsrätekommentar.
Rosenberg: Sachenrecht. 1919.
„ Stellvertretung im Prozeß. 1908.
„ Bürgerliches Gesetzbuch. 1929. 12. Aufl.
„ Verträge zu Gunsten Dritter im Sachenrecht. DJZ. 1912. S. 542 ff.
Rümelin: Das Handeln im fremden Namen. Arch. f. ziv. Prax. 93, 331.
Sames: Der Ferndrucker als Uebermittler von Willenserklärungen. DJZ. 1904. S. 1179.
Scherer: Allgemeiner Teil. 1897.
Schloßmann: Die Lehre von der Stellvertretung. 1900.
Schreuer: Deutsches Privatrecht. 1921.
Schumannn: Schenkung auf den Todesfall. Diss. 1913.
E. Seyfferth: Vertrag zu Gunsten Dritter von Todeswegen ein selbstständiges Rechtsinstitut. 1913.
Siber: Die Frage der Verfügungsgeschäfte zu fremdem Recht. 1914. Festgabe für Sohm.
Siméon-David: Recht und Rechtsgang im deutschen Recht. 12. Aufl. 1924.
Simon: Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung. Breslau. 1907.
Sörgel: Bürgerliches Gesetzbuch.
Sokolowski: Der Besitz im klassischen Recht und dem Deutschen Bürgerlichen Gesetz. 1907.
Spielmans: Zum mandantum post mortem, Recht. 1924. S. 401.
Stammler: Die Einrede aus dem Recht eines Dritten. 1900. Festgabe für Dernburg. S. 89.
Staub: Handelsgesetzbuch 12./13. Aufl. 1926.
v. Staudinger: Bürgerliches Gesetzbuch 7./8. Aufl. 1912.

Stintzing: Die Uebertragung beweglicher Sachen. 1911.
Stöver: Ist die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches ein Rechtsgeschäft? Arch. Bürg. Recht. Bd. 26, S. 149.
Strohal: Erbrecht. 3. Auflage.
„ Der Sachbesitz nach Bürgerlichem Gesetzbuch. In Iher. Jahrb. Bd. 38, S. 1.
Titze: Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1926.
Thoma: Die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des BGB. Diss. Freiburg. 1900.
v. Tuhr: Allgemeiner Teil in Bindings System. Handbuch der Rechtswissenschaften. 10. Abt.
„ Die unwiderrufliche Vollmacht. Festschrift für Laband.
Türke & Niederführ: Bürgerliches Gesetzbuch. 1901.
Turnau-Förster: Das Sachenrecht des BGB. 1900.
Unger: Die Verträge zu Gunsten Dritter. Iher. Jahrb. Bd. 10, S. 1 ff.
Voswinkel: Die unrichtige Uebermittlung von Willenserklärungen durch den Empfangsboten. Arch. Bürgerl. Recht. Bd. 32, S. 386 ff.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1923.
Wendt: Der mittelbare Besitz des BGB. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87, S. 40 ff.
„ Besitz und Besitzwille. 1907.
Wilutzky: Die Verfügungen im BGB. Arch. Bürgerl. Recht. Bd. 28, S. 67 ff.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.
Wolff: Siehe Enneccerus-Kipp-Wolff.
„ Das Recht zum Besitz. S. 150. Festgabe für Koch. 1903.
Th. Wolff: Begründet das über ein Immobilienrecht formlos geschlossene Kaufgeschäft einen klagbaren Anspruch auf die Rechtsänderung. Gruch. Bd. 47, S. 27 ff.
Zitelmann: Die juristische Willenserklärung in Iher. Jahrb. Bd. 16.
„ Die Rechtsgeschäfte im BGB. 1899.
„ Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 99, S. 120.

Bank-Archiv.
Bayrische Oberlandesgerichts-Zeitung. (Bayr. OGG.).
Deutsche Juristen-Zeitung. (DJZ.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RG.).
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. (Gruch.).
Iherings Jahrbücher für Dogmatik. (Iher. Jahrb.).
Juristische Rundschau. (JR.).
Juristische Wochenschrift. (JW.).
Kritische viertelj. Schrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung.
Leipziger Zeitschrift für Bürgerliches Recht. (LZ.).
Das Recht: Rundschau für den deutschen Juristenstand. (Recht).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in Zivilsachen. (OLG.)

Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. (Seuff.).
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Warneyer: Rechtsprechung der Reichsgerichts. (Warn.).
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. (Z. f. d. ges. Handelsr.).

Die Paragraphen in der Ausführung ohne nähere Bezeichnung sind solche des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inhaltsverzeichnis.

I. Einleitung.

1. Rechtsgeschäft unter Lebenden und Verfügung von Todes wegen.

Die Arbeit behandelt die Frage, wie sich der Eigentumsübertragungsakt bei einer unentgeltlichen Zuwendung auf den Todesfall — und zwar einer beweglichen Sache — gestaltet, wenn der Zuwendende sich dabei der Hilfe eines Dritten bedient. Unter einer unentgeltlichen Zuwendung versteht man eine Leistung, die weder zur Erfüllung einer Verbindlichkeit geschieht, noch aus dem Grunde gegeben wird, daß der andere zu einer Gegenleistung verpflichtet wäre.

Der Zuwendende kann entweder eine Zuwendung unter Lebenden oder eine Zuwendung von Todes wegen machen. Beide Arten lassen sich unter den Oberbegriff der Rechtsgeschäfte zusammenfassen. Die Rechtsgeschäfte unter Lebenden, die hierbei mit den Verfügungen von Todes wegen in Vergleich und Austausch gestellt werden können, sind naturgemäß immer nur die unentgeltlichen. Die Zuwendung von Todes wegen und die Zuwendung unter Lebenden unterscheiden sich hauptsächlich durch ihre verschiedenen Zwecke, dann aber auch durch ihre verschiedenen Formerfordernisse, die der Gesetzgeber für ihre Wirksamkeit aufgestellt hat. Für die Zuwendung von Todes wegen finden die Vorschriften des Erbrechts Anwendung, während die Schenkung, die allgemein als die unentgeltliche Zuwendung unter Lebenden angesehen wird, in §§ 516 ff. behandelt wird.

Bei der unentgeltlichen Zuwendung unter Lebenden ist es Wille des Gewährenden, sein gegenwärtiges Vermögen zu belasten, über die Zuwendung endgültige Vereinbarungen zu treffen. Der Bedachte soll schon zu Lebzeiten des Zuwendenden entweder ein dingliches Recht an den Teilen des Vermögens, die er nach dem Wunsche des Zuwendenden erhält, oder aber ein Forderungsrecht auf Leistung des vermachten Gegenstandes haben. Erhält er also sofort die Zuwendung, dann ist diese endgültig aus dem Vermögen des anderen ausgeschieden. Ist die Leistung des Gegenstandes nicht bewirkt worden, so hat der Bedachte, wenn das Rechtsgeschäft über die Zuwendung rechtswirksam abgeschlossen ist, schon jetzt ein Forderungsrecht, das er auch gegenüber den Erben

des Zuwendenden erhält. Denn schon vor dem Tod des Erblassers war eine Schuldverbindlichkeit entstanden, und dadurch dessen Vermögen verhaftet. Der Zuwendende hatte schon aus seinem Vermögen gegeben, wenn er auch sein Vermögen nur mit einer Schuldverbindlichkeit belastet hatte. Der Bedachte hatte bereits einen Rechtsanspruch erworben, die Schuldverbindlichkeit fällt nach den Grundsätzen des Erbrechts in den Nachlaß; die Erben sind verpflichtet, sie zu erfüllen.

Anders die Verfügungen von Todes wegen, dies sind solche Rechtsgeschäfte, die die Rechtsverhältnisse nach dem Tod des Verfügenden regeln sollen[1]) und die Rechtswirkungen nur für den Nachlaß schaffen. Der Tod des Zuwendenden soll unerläßliche Bedingung für das rechtliche Bestehen der Zuwendung von Todes wegen sein. Zu seinen Lebzeiten will der Erblasser nichts weggeben, er will alle seine Vermögensstücke noch zu seinem Vermögen befindlich verstanden wissen. Erst im Augenblick des Todes soll die Rechtsänderung eintreten. Der Eintritt des Todes bildet ein wesentliches Tatbestandserfordernis nicht bloß ein gewillkürtes wie die Einfügung einer Bedingung oder Befristung, die bloß den Eintritt der Rechtsfolge aus dem bereits bindend abgeschlossenen Rechtsgeschäft von dem Erbfalle abhängig macht[2]). Erst jetzt erhält der Bedachte einen Rechtsanspruch auf die Zuwendung. Zu Lebzeiten des Gewährenden hat er weder ein Recht noch eine juristisch bedeutsame Anwartschaft auf künftigen Erwerb erlangt. Nach dem Tode des Zuwendenden erhält er das Zuwendungsobjekt aus der Hand der Erben, die ihrerseits aus dem Nachlaß leisten. Wesentlich ist also, daß durch die Verfügung von Todes wegen, die dem Bedachten eine Zuwendung gewähren soll, immer nur der Nachlaß belastet wird.

Nach der Natur der Erbfolgeordnung des BGB scheinen die gesetzlichen Vorschriften über die gewillkürten Verfügungen von Todes wegen abschließende und ausschließliche Geltung zu beanspruchen. Es besteht anscheinend der Grundsatz, der Erblasser könne über seine Nachlaßrechte und andere Rechtsbeziehungen nur in der Form des Testomentes oder Erbvertrages und nur in dem inhaltlich dafür ausdrücklich zugelassenen Umfange verfügen. Also analog dem Sachenrechte stelle das Erbrecht für die erbrechtlichen Rechtsgeschäfte eine nach Form und Inhalt geschlossene Ordnung auf, der Erblasser könne nur durch Verfügung von Todes wegen einem anderen etwas unentgeltlich zuwenden.

---

[1]) Endemann § 29, Staudinger § 2301, Vorb. zu § 516.

[2]) Endemann § 30, I, 3.

2. Die unentgeltliche Zuwendung auf den Todesfall.

Genauere Betrachtung — auch die Ausführungen dieser Arbeit werden dies erweisen — zeigt indessen, daß diese Rechtsregel voreilig gebildet ist. Als richtig ergibt sich vielmehr: Der Erblasser kann auch durch andere als durch diese rein erbrechtlichen Verfügungen über den Tod hinaus bestimmend auf seine Rechte einwirken. Er kann nicht bloß durch Testament und Erbvertrag über seinen Tod hinaus eine rechtsgültige Zuwendung machen. Es sind dies Rechtsgeschäfte, die im folgenden „Zuwendungen auf den Todesfall" genannt werden sollen. Die Zuwendungen, die durch diese Art von Rechtsgeschäften geleistet werden, sollen demgemäß Zuwendungen auf den Todesfall heißen.

Unter dieser Art sollen Rechtsgeschäfte verstanden werden, durch die der Zuwendende beabsichtigt, dem Bedachten eine unentgeltliche Zuwendung für die Zeit nach seinem Tod zu vergaben. Im Augenblick des Todes soll der Bedachte die Zuwendung erhalten, er soll sie nur erhalten, wenn er den Tod des Zuwendenden überlebt.

Dieses Recht soll weiter für den Bedachten erst mit dem Tod entstehen, jetzt erst soll der Wille des Gewährenden für den Bedachten rechtliche Bedeutung erlangen. Dieses Recht, das sich für den Bedachten erst mit dem Tode des Zuwendenden realisiert, soll ihn endlich in diesem Zeitpunkt unmittelbar und unentziehbar zufallen. Dieses Recht soll niemals erst zum Nachlaß gehören und aus dem Nachlaß erworben werden, sondern wird von dem Bedachten in demselben Augenblick erworben, in welchem der Nachlaß auf den Erben übergeht. Es sind dies, wie Hellwig sagt[1]) Rechte, die der Berechtigte als „postume" seiner über das Leben fortwirkenden Rechtsmacht vorbehalten und demnach aus dem Nachlaß ausgeschieden hat.

Diese Rechtsgeschäfte auf den Todesfall stehen in der Mitte der Rechtsgeschäfte unter Lebenden und der Verfügungen von Todes wegen. Es sind keine Rechtsgeschäfte unter Lebenden, weil sie Rechtsverhältnisse nach dem Tode des Erblassers regeln, weil sie erst mit dem Erbfall für den Bedachten, der den Tod des Erblassers auch überleben muß, rechtswirksam werden. Es sind dies aber auch keine rein erbrechtlichen Verfügungen, da nicht über Rechte verfügt wird, die zum Nachlaß gehören, sondern über Rechte, die aus dem Nachlaß ausgeschieden sind.

Daß diese Rechtsgeschäfte auf den Todesfall der Ordnung unseres Erbrechts nicht entgegenstehen, wird später noch zu be-

---

[1]) Hellwig, § 30 I.

weisen sein, insbesondere wird sich dazu beim Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall Gelegenheit bieten.

3. Die Schenkung auf den Todesfall.

Bei der Darstellung der unentgeltlichen Zuwendungen auf den Todesfall wird man sich auch mit dem Rechtsinstitut des § 2301 befassen müssen, das von der herrschenden Meinung „Schenkung auf den Todesfall" genannt wird.

Das BGB entscheidet in diesem §, ob die Schenkung auf den Todesfall durch bloßes Schenkungsversprechen erfolgt von dem Fall, daß die Erfüllung der Schenkung noch bei Lebzeiten erfolgt. Beide Fälle lassen sich zusammenfassen als „eine Schenkung unter der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebt."[1]) Das Gesetz spricht zwar nur in dem ersten Abschnitt von dieser Bedingung. Um aber verstehen zu können, warum der Gesetzgeber Abs. II hier erwähnt hat, müssen wir diese Bedingung auch in diesem Absatz ergänzen, denn es hätte, wie Hellwig richtig bemerkt, gar keinen Sinn, „der pure vollzogenen Schenkung an dieser Stelle im Erbrecht zu gedenken."[2]) Nur dadurch unterscheidet sich Abs. I von Abs. II, daß das Schenkungsversprechen des Abs. I der Form der Verfügungen von Todeswegen bedarf, während die vollendete Schenkung des Abs. II formfrei ist.

Ob nun der Schenker die Bedingung des § 2301, oder ob er nicht vielmehr eine Schenkung unter Lebenden gemäß § 516 will, ist reine Tatfrage; es kann immer nur im Einzelfalle geprüft werden, welche Schenkung vorliegt.

Das eigentümliche einer Schenkung auf den Todesfall besteht darin, daß der Verfügende sich nicht in unwiderruflicher Weise des geschenkten Gegenstandes begeben will, der Rechtserwerb vielmehr davon abhängig bleibt, daß der Beschenkte den Verfügenden überlebt[3]). Durch diese Schenkung werden die Rechtsverhältnisse des Schenkers nach seinem Tod geregelt, und deshalb erst durch dessen Tod wirksam. Wie bei einer rein erbrechtlichen Verfügung sollen Rechtswirkungen nur für den Nachlaß geschaffen werden.

Die Zuwendung wird dem Bedachten regelmäßig erst nach dem Tod des Schenkers übereignet werden. Das hindert jedoch nicht, daß der Zuwendende nicht schon zu seinen Lebzeiten die Schenkung vollziehen könnte. Ist sie schon vollzogen, dann ist sie nur bedingt vollzogen, d. h. erst mit dem Tode wird die Zuwen-

---

[1]) Staudinger V, § 2301, 2.

[2]) Hellwig, S. 592, Anm. 212.

[3]) RGRK. § 2301, 1.

dung als Rechtsgeschäft wirksam. Der Gegenstand der Verfügung gilt jetzt erst rechtlich als vorhanden. Die Verfügung soll ja nur den Nachlaß belasten und vor dem Erbfall ist kein Nachlaß da. Der Bedachte hat bis dahin nur die Aussicht auf das endgültige Recht. Voll und ausschließlich hat er es erst mit dem Tod erworben[1]).

Ist die Schenkung noch nicht vollzogen, dann ist nur ein Schenkungsversprechen da. Erst mit dem Tode erwirbt der Beschenkte einen Rechtsanspruch, jetzt ist ein Forderungsrecht des Beschenkten da und zwar gegenüber dem Nachlaß[2]). Nicht erwirbt er vor Eintritt des Erbfalles „ein Recht, das Gegenstand irgend einer obligatorischen Verpflichtung oder dinglichen Verfügung bilden könnte“[1]). Eine Belastung mit einer Verbindlichkeit war nicht schon bei Abgabe des Schenkungsversprechens entstanden, sondern erst mit dem Tode des Schenkers. Der Erbe übernimmt mithin nicht etwa eine vom Erblasser übernommene Verbindlichkeit, die zu dessen Lebzeiten begründet wurde, sondern erst mit dem Tod entsteht für den Erben die Verpflichtung.

Wie die Einteilung des § 2301 ergibt, muß man immer prüfen, ob eine vollzogene Schenkung oder nur ein Schenkungsversprechen vorliegt. Ist die Schenkung vollzogen, dann wäre der Beschenkte mit dem Tode des Erblassers Eigentümer geworden, da nach § 2301 auf eine vollzogene Schenkung die Vorschriften von Schenkungen unter Lebenden Anwendung finden und demgemäß ein Mangel der Form durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt worden wäre. Die Schenkung kann jedoch vom Schenker, wie der Hinweis auf § 518 in § 2301 zeigt, immer nur bei seinen Lebzeiten durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes vollzogen werden[3]). Sein Vermögen mußte um diesen Gegenstand vermindert sein.

Ist nun die Schenkung zu Lebzeiten des Schenkers noch nicht vollzogen, dann liegt im Zeitpunkt des Todes des Schenkers nur ein Schenkungsversprechen vor. Dieses bedarf nach § 2301,I der Formvorschriften der Verfügungen von Todes wegen. Ist dieses Schenkungsversprechen formgültig abgeschlossen worden, dann hat der Begünstigte einen Anspruch gegen den Nachlaß erworben, er hat dann ein Forderungsrecht gegen die Erben.

Ist nun die von § 2301,I aufgestellte Form nicht gewahrt, dann wäre die Schenkung gemäß § 125 in ihrem vollen Umfang

[1]) Endemann, § 29, I.

[2]) Endemann, § 29, III.

[3]) RG. Bd. 53, S. 296, Leipz. Ztschr. 1922 Sp. 81, JW. 1904, S. 337, Spielmans S. 402.

nichtig. Oder ist diese Nichtigkeit geheilt worden, durch die nach dem Tode des Schenkers erfolgte Uebergabe?

Wie schon gesagt, hätte die Uebergabe des zugewendeten Gegenstandes schon zu Lebzeiten des Erblassers an den Bedachten erfolgen müssen. Es ist demnach nicht möglich, die Vollziehung „durch die bei Lebzeiten erteilte Ermächtigung zu ersetzen, die Sache nach dem Tode des Schenkers von Dritten in Empfang zu nehmen".[1]) Erteilung einer Vollmacht stellt sich dar immer nur als ein vorbereitender Akt, Vollziehung aber bedeutet reale Wertbewegung. Der Vermögensgegenstand verbleibt hier noch weiter im Vermögen des Schenkers, es tritt noch keine Vermögensminderung ein. Mit dem Tode gehört dieses Vermögen zum Nachlaßvermögen. Ohne Einwilligung der Erben kann dann nicht mehr darüber verfügt werden.

4. Die Eigentumsübertragung durch Einigung und Uebergabe.

Die Arbeit befaßt sich nun nicht mit unentgeltlichen Zuwendungen auf den Todesfall schlechthin, ist vielmehr spezialisiert auf die Eigentumsübertragung dieser unentgeltlichen Zuwendungen.

Bei der Frage, ob der Zuwendende dem Empfänger eine unentgeltliche Zuwendung gemacht hat, muß man immer feststellen, ob eine Eigentumsübertragung stattgefunden hat. Die Unentgeltlichkeit bildet immer nur den Grund, warum der Zuwendende einem anderen eine Zuwendung machen will; gehört als wesentlicher Bestandteil zum Kausalgeschäft; unabhängig davon vollzieht sich das dingliche Geschäft, die Eigentumsübertragung. Diese ist als solche abstrakt, sie vollzieht sich selbständig ohne direkte Abhängigkeit von dem zugrunde liegenden Kausalgeschäft. Der Eigentumsübergang wird also nicht gehindert, wenn auch das Kausalgeschäft nichtig ist oder wenn eine causa nicht vorhanden war. Außerhalb des dinglichen Vertrages liegt es, weshalb diese Uebertragung des Eigentums geschieht, ob zum Zwecke reiner Liberalität, solvendi oder credendi causa. Nichtig könnte das dingliche Erfüllungsgeschäft nur sein, wenn der Nichtigkeitsgrund beim Veräußerungsgeschäft auch dieses nichtig werden ließe, so wenn insbesondere § 138 vorliegen würde. Das dingliche Erfüllungsgeschäft verstößt aber nicht deswegen gegen die guten Sitten und wäre daher nichtig, weil das schuldrechtliche Geschäft, zu dessen Erfüllung es getätigt wird, gegen die guten Sitten verstößt. Dies begründet nach § 817 Abs. 1 nicht die

---

[1]) JW. 1904.

Nichtigkeit des abstrakten Rechtsgeschäftes, sondern nur eine Verpflichtung des Empfängers der Leistung zu deren Herausgabe, eine Verpflichtung, die nach § 817 Satz 2 überdies wegfällt, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, was bei der Leistung zur Erfüllung eines gegen die guten Sitten verstoßenden Grundgeschäftes regelmäßig ebenfalls zutreffen wird[1]).

Die unentgeltlich zuzuwendende Sache muß also immer zu Eigentum übertragen werden. Das BGB hat im § 929 Satz 1 für die Uebertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache den fundamentalen Satz aufgestellt, daß 1. der veräußernde Eigentümer die Sache dem Erwerber „übergibt", und 2. daß „beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll". Nur dieser Normalfall soll hier behandelt werden, nicht die Fälle, in denen neben die Einigung eines der Uebergabesurrogate der §§ 929 Abs. 2, 930 und 931 tritt.

Einigung und Uebergabe müssen also vorhanden sein, wenn das Eigentum an einer beweglichen Sache, die im Besitz des bisherigen Eigentümers gestanden hat, auf den Erwerber übergehen soll.

Die Einigung erfordert die Willensübereinstimmung des Veräußerers wie des Erwerbers über den Eigentumsübergang eines bestimmten Gegenstandes. Dieser übereinstimmende Wille muß auf den Eintritt der dinglichen Rechtsänderung, er darf demnach nicht bloß auf Begründung der Verpflichtung zur Eigentumsübertragung gerichtet sein[2]). § 929 erfordert nun nicht eine Einigung schlechthin, sondern ein Einigsein der Parteien darüber, daß die Besitzübertragung zum Zwecke der Eigentumsübertragung vor sich gehen soll. Es ist dies nicht ein einmaliger, zeitlich bestimmbarer Rechtsakt, sondern ein Zustand, der sich aus der Einigung ergibt. Ein Unterschied zwischen der Einigung und diesem Einigsein wird sich im Regelfall der Gleichzeitigkeit von Einigung und Uebergabe nicht ergeben, von wesentlicher Bedeutung wird er aber sein, wenn die Einigung der Uebergabe vorausgeht. Im Augenblick der Uebergabe müssen dann noch die Beteiligten einig sein. Im Zeitpunkt der Uebergabe muß der Eigentümer noch den Willen haben, die Uebergabe stattfinden zu lassen. Ist nun im Einzelfall erkennbar und festzustellen, daß der Eigentümer in dem Augenblick, wo die Uebergabe erfolgt, den Besitz und den Eigentumsübergang nicht will, dann kommt es nicht zur Vollendung des dinglichen Vertrages[3]). Das Gesetz hat

[1]) RGRK. § 873, 7 a.

[2]) Staudinger § 929, IV.

[3]) Planck, § 929, 3 b.

bei Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen davon abgesehen, die Beteiligten an die einmal erklärte Einigung zu binden[1]). Sie kann vielmehr jederzeit frei widerrufen werden. „Eine früher abgegebene auf künftigen Wechsel des Besitzes und Eigentums abzielende Erklärung kann den bei der Uebergabe fehlenden, indes gemäß § 929 erforderlichen Willen nicht ersetzen“[2]).

Neben dem Einigsein verlangt der Gesetzgeber als zweites gleichwertiges und selbständiges Erfordernis der Eigentumsübertragung „die Uebergabe“. Eine Erklärung des Wortes „Uebergabe“ geben uns Abs. 2 von § 929 und § 930. Danach ist eine Uebergabe nicht mehr nötig, wenn die zu übereignende Sache sich schon im Besitz des Erwerbers befindet. Unter „Uebergabe“ versteht das Gesetz mithin die Einräumung der tatsächlichen Gewalt über die Sache. Der Veräußerer muß die tatsächliche Gewalt über die Sache zu Gunsten des Erwerbers aufgeben und letzterer den Besitz hieran mit Willen des Veräußerers erlangen. Die Uebergabe geschieht also regelmäßig durch körperliches Geben und Nehmen und ist deshalb eine körperliche Handlung[3]). Sind nun beide Erfordernisse des § 929 Abs. 1 erfüllt, dann ist Eigentum an der unentgeltlichen Zuwendung übergegangen.

5. Die Stellung des Dritten.

Das Thema lautet nicht Eigentumsübertragung bei unentgeltlichen Zuwendungen auf den Todesfall, sondern ist weiter dahin spezialisiert, daß das Eigentum einer unentgeltlichen Zuwendung auf den Todesfall mit Hilfe eines Dritten übertragen werden soll.

Das Gesetz spricht im § 929 nur von dem bisherigen Eigentümer und dem Erwerber. Nicht erwähnt ist hier der Dritte, mit dessen Hilfe Eigentum übertragen werden könnte. Das allgemeine Verkehrsbedürfnis erfordert es in unserer Zeit, einen Dritten bei dem Eigentumsübertragungsakt tätig werden zu lassen, so, daß entweder der Veräußerer oder der Erwerber dabei nicht persönlich mitwirken müssen. Doch selbst das dringendste Verkehrsbedürfnis ließe sich aber dann nicht durchführen, wenn Gesetzesbestimmungen da wären, die sich gegen die Mitwirkung eines Dritten bei der Eigentumsübertragung aussprächen. Daher soll im folgenden untersucht werden, ob und welche Möglichkeiten der Gesetzgeber

---

[1]) RGRK. § 929, V, Biermann § 929, B. Stöver, S. 177.

[2]) RG. Bd. 83, S. 230, 1. Abschn.

[3]) Wolff § 66, I, 1.

dem Eigentümer gegeben hat, sich bei der Eigentumsübertragung der Hilfe eines Dritten zu bedienen. Ausscheiden sollen natürlich die Fälle, in denen ein Dritter bei einem Rechtsgeschäft kraft Gesetzes — der gesetzliche Vertreter — mitwirken muß, weil der Veräußerer nicht geschäftsfähig ist.

Wenn sich nun der Eigentümer der Hilfe eines Dritten bedient, dann wird man sich stets fragen müssen, welche Stellung der Dritte sowohl dem Eigentümer wie dem Erwerber gegenüber einnimmt. Wie der Aufbau der Arbeit noch zeigen wird, bieten sich dem Dritten drei Möglichkeiten. Der von uns so genannte „Dritte" kann einmal für den Eigentümer, zum anderen Mal für den Erwerber, sei es als deren Stellvertreter oder als deren Bote tätig werden. In dieser seiner Stellung als Stellvertreter soll der Dritte Mittelsperson heißen. Der Dritte wäre dann in dem einen Falle Mittelsperson des Eigentümers, in dem zweiten Mittelsperson des Erwerbers.

Diesen beiden Fällen ist noch ein dritter gegenüberzustellen, wenn es sich nämlich darum handelt, daß der „Dritte" mit dem Eigentümer ein Rechtsgeschäft von der Art des fiduziarischen Rechtsgeschäfts oder eines Vertrages gemäß § 328 abschließt. Bei diesen Rechtsgeschäften ist der „Dritte" Vertragspartei und zwar steht er dem Eigentümer als gleichberechtigter Vertragskontrahent gegenüber, ohne daß er in einem Abhängigkeitsverhältnis weder zum Zuwendenden noch zum Bedachten steht. Er tritt zu dem Bedachten in keinerlei Rechtsbeziehungen. Er schließt vielmehr mit dem Gewährenden ein Rechtsgeschäft ab, auf Grund dessen der Bedachte ein Recht auf die unentgeltliche Zuwendung erhält, ob der Bedachte ein dingliches Recht erhält, wird später noch zu prüfen sein. „Der Dritte" handelt hier *selbständig* ohne an Weisungen von Seiten des Eigentümers oder Erwerbers gebunden zu sein.

II. Der Dritte als selbständige Vertragspartei.

1. Der Vertrag zu Gunsten Dritter.

a) Möglichkeit eines dinglichen Vertrages zu Gunsten Dritter.

Der Fall, in dem „der Dritte" als selbständig handelnde Person auftritt, und als solcher daran mitwirkt, daß der Bedachte Eigentum an der zuzuwendenden Sache erhält, soll in dem ersten Hauptabschnitt behandelt werden.

Das wichtigste Rechtsgeschäft, das unter diesen Hauptabschnitt fällt, ist das der §§ 328 ff., der Vertrag zu Gunsten Dritter.

Bei dieser Art von Verträgen müßte sich der Eigentümer von dem von uns so genannten „Dritten" versprechen lassen, Eigentum dem von dem Eigentümer bestimmten Erwerber, wie hier zum Unterschied von unserem „Dritten", dem Destinatär, der sonst beim Vertrag zu Gunsten Dritter eben der Dritte heißt, zu übertragen. Bei diesem Rechtsgeschäft würden Vertragsteile nur der Eigentümer und der Dritte sein; der Erwerber der unentgeltlichen Zuwendung würde bei Abschluß dieses Vertrages nicht in Erscheinung treten, er erlangt einen rechtlichen Vorteil, obgleich er nicht Vertragspartner gewesen ist.

Bei einem Vertrage nach §§ 328 ff. — jedenfalls bei den Verträgen zu Gunsten Dritter im eigentlichen Sinne — erhält der Dritte ein obligatorisches Recht auf die Leistung. Kann nun ein solcher Vertrag zu Gunsten Dritter auch als dinglich wirkender Vertrag abgeschlossen werden? Handelt es sich also bei den §§ 328 ff. um einen Ausfluß eines allgemeinen Rechtsgedankens, wonach der Gesetzgeber die Verträge zu Gunsten Dritter allgemein zugelassen hat? Ist deshalb ein Vertrag zu Gunsten Dritter im Sachenrecht möglich, oder zumindest, können die §§ 328 ff. über Verträge zu Gunsten Dritter auf sachenrechtliche Verträge entsprechende Anwendung finden?

aa) Das Wesen der Einigung im Sachenrecht.

Bevor zur Beantwortung dieser Frage, die in der Literatur Gegenstand heftigster Kämpfe, die auch heute noch nicht ruhen, geworden ist, geschritten werden kann, ist klarzustellen, was unter dem dinglichen Vertrage zu verstehen ist. Ist die Einigung für sich allein der dingliche Vertrag? Die Uebergabe für sich genommen, kann niemals den dinglichen Vertrag ausmachen, da sie immer nur eine sogenannte Tathandlung, d. h. ein körperlicher Akt ist, der auf die Einräumung der tatsächlichen Gewalt über die Sache (§ 854 I) gerichtet ist.

Daß die Einigung des Sachenrechts losgelöst von Eintragung oder Uebergabe den dinglichen Vertrag darstelle, wird von namhaften Schriftstellern, so vor allem von Eccius, Crome, Wolff, Biermann usw.[1]) bestritten. Ihrer Ansicht nach ist die Einigung für sich allein betrachtet ein Nihil, dem rechtlich keine Bedeutung beigemessen werden könne, erst zusammen mit Eintragung oder Uebergabe bilde die dingliche Einigung einen Vertrag. Denn vor der Eintragung oder der Uebergabe äußere sie keine Rechts-

[1]) Gruchot 47, 51 ff. Enneccerus II, 1 § 38, II, S. 100, Crome III, 111, 116; Biermann III, 3 ff. Kretzschmar a. a. O. S. 79, Goldmann-Lilienthal II, S. 178 ff.

wirkungen, könne man ihr keine selbständige Bedeutung zusprechen. Ein wesentliches Verkehrsmerkmal sei aber die Hervorbringung von selbständigen Wirkungen. Die Einigung für sich allein führe niemals die von den Parteien gewollte Rechtswirkung herbei. Erst unter Hinzuziehung von Eintragung oder Uebergabe zur Einigung entstehe eine Rechtswirkung, da nur durch das Zusammenwirken dieser Faktoren ein dingliches Recht erzeugt oder übertragen werde. Diese Rechtsänderung, zu der die Einigung nur in Verbindung mit der Besitzeinräumung führe, sei der Rechtserfolg, den die Parteien erstreben. Demgegenüber hat die herrschende Meinung[1]) wohl mit Recht die Einigung für den dinglichen Vertrag erklärt, auch die Rechtsprechung[2]) vertritt diesen Standpunkt.

Will man das Wesen eines Vertrages im Sinne des BGB erkennen, dann darf man sich nicht allein auf den Vertragsbegriff des Rechts der Schuldverhältnisse beschränken, wie es diejenigen Schriftsteller getan haben, die die Vertragsnatur der Einigung leugnen. Es gibt nicht nur im Recht der Schuldverhältnisse Verträge, wir finden sie auch im Familien- und Erbrecht; auch das Sachenrecht kennt Verträge. Die den Verträgen der einzelnen Teile des Gesetzbuches besonderen Eigentümlichkeiten können uns eine Begriffsbestimmung des Vertrages nicht geben, wir müssen uns vielmehr an die Merkmale halten, die allen Verträgen gemeinsam sind.

Darnach stellt sich der Vertrag dar als „das Ineinandergreifen der Willenserklärungen der Parteien zur Herbeiführung eines übereinstimmend gewollten Erfolges"[3]). Dies aber ist bei der Einigung der Fall. Die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der als Verfügender und Erwerbender sich gegenüberstehenden Beteiligten stehen derart in Wechselbeziehungen zueinander, daß sie sich gegenseitig bedingen, und sind gerichtet auf Erreichung eines gemeinsamen rechtlichen Zweckes, nämlich gerichtet unmittelbar auf Begründung oder Aenderung eines dinglichen Rechts.

Zum Wesen des Vertrages gehört also nicht, daß selbständige Rechtswirkungen mit ihm verknüpft sein müßten; dadurch, daß die Einigung die unmittelbar gewollte Rechtsänderung nicht für sich allein, sondern erst in Verbindung mit einem — nicht rechts-

[1]) Planck III, S. 18 ff.; RGRK. § 873, Anm. 7; Förster S. 55; Bendix S. 198; Willutzky S. 66; Staudinger III, Vorb. VII, B, S. 7.

[2]) RG. Bd. 48, 135; 50, 82; 52, 114; 66, 99; 89, 371; 99, 68; OLG. V, 418.

[3]) RGRK. § 873 Anm. VII, Piper S. 6.

geschäftlichen — weiteren Tatumstande herbeiführt, wird ihr der Charakter eines Vertrages nicht genommen.

Deshalb ist auch die Ansicht Kluckhohns[1]) abzulehnen, der zwar in der Einigung des § 873 den dinglichen Vertrag sieht, dies aber für die Einigung des § 929 nicht gelten lassen will. Nach Kluckhohn enthält im § 929 die Einigung für sich allein ohne die Uebergabe keine Verfügung, kein Rechtsgeschäft. Der Gesetzgeber verlange ein Einigsein und daneben die Uebergabe, die, wie das Einigsein eine Parteihandlung, nicht aber einen obrigkeitlichen Akt darstelle. Die Uebergabe sei hier keine Wirkungsvoraussetzung, Einigung und Uebergabe müssen vielmehr zeitlich und inhaltlich zusammenfallen, deswegen seien sie nur Erscheinungsformen ein und desselben Tatbestandes, sei eine nur die Form der anderen. Die Uebergabe sei die Form der Einigung. Wohl sei die Einigung an sich eine Verfügung (im Sinne des Tatbestandes); nur eine gültige Einigung habe aber Bedeutung, die Gültigkeit der Einigung setze die Beobachtung einer Form, eben die Uebergabe, voraus (§ 125)[2]). Damit also die Einigung als Verfügung gültig sei, müßte die Uebergabe als Form der Einigung hinzukommen.

Dieser Standpunkt wird jedoch dem Willen des Gesetzgebers kaum gerecht. Die Uebergabe ist nicht die Form der Einigung. Kluckhohn muß selbst zugeben, daß die Einigung eine Verfügung enthält, wenn sie auch seiner Ansicht nach für sich allein wegen mangelnder Form in rechtlichem Sinne bedeutungslos ist. Daß die Uebergabe vielmehr Wirkungsvoraussetzung ist, haben schon die Protokolle anerkannt, die sich im Gegensatz zu den Motiven auf den Standpunkt gestellt haben, daß die Uebergabe nicht die Form darstelle, in welcher die Vereinbarung zutage trete, sondern ein selbständiges Erfordernis für den Eigentumsübergang sei[3]). Daraus geht hervor, daß die Einigung und die Uebergabe sich nicht anders verhalten sollen, wie Einigung und Eintragung. Es wäre auch nicht erklärlich, warum der Gesetzgeber die Einigung hier im § 929 anders als im § 873 behandelt wissen wollte. Freilich spricht der Gesetzgeber im § 929 von einem Einigsein, einem Zustand, es folgt hieraus aber keine begriffliche Verschiedenheit; denn das Einigsein setzt begrifflich immer eine Einigung voraus.

Das Einigsein ist wie im Liegenschaftsrecht die Einigung der dingliche Vertrag. Es ist die übereinstimmende Willenserklärung der Beteiligten, daß Eigentum an der betreffenden Sache übergehen soll. Einigung und Uebergabe sind also nicht Erscheinungs-

[1]) Kluckhohn S. 164 ff.

[2]) Kluckhohn S. 169.

[3]) Motive III, S. 336; Protokolle III S. 195.

formen ein und desselben Tatbestandes. Wohl sind beide Elemente eines Gesamtrechtsaktes, aber selbständig koordinierte Elemente. Die Uebergabe ist nie Form, sondern „Modus“[1]), ist ein Tatumstand, der, um die dingliche Rechtsänderung erkennbar zu machen und zu vollenden, zu der Einigung hinzutritt, ohne daß aber der Abschluß des dinglichen Vertrages sich durch dieses Moment erst vollendet. Das ist nicht entscheidend, daß der Gesetzgeber im § 873 einen obrigkeitlichen Akt, die Eintragung, im § 929 aber eine Parteihandlung, die Uebergabe, als Erfordernis aufstellt, welches zu der Einigung hinzukommen muß. Daraus läßt sich nicht schließen, wie Kluckhohn es tut[2]), daß eine Handlung, hier die Einigung, dann nie ein eigenes Rechtsgeschäft sein könne, wenn zu ihrer noch so eingeschränkten Wirksamkeit stets eine weitere Handlung, nämlich die Uebergabe eben derselben Parteien erforderlich sei. Deshalb seien die Einigung und Uebergabe so ineinander verkettet, daß sie Erscheinungsformen ein und desselben Tatbestandes seien.

Ausschlaggebend für den Gesetzgeber war bei Aufstellung dieser §§ nicht, daß einmal eine Parteihandlung und das andere Mal ein obrigkeitlicher Akt erfordert wird, sondern der Gesichtspunkt, der das gesamte Sachenrecht beherrscht, der des Publizitätsgedankens. Aenderung eines Rechts soll allen offenscheinlich, klar erkennbar werden. Im Liegenschaftsrecht haben wir das Grundbuchsystem, was erscheint da nicht am nächsten, als die Eintragung zur Kennzeichnung des Publizitätsgedankens; für das Fahrnisrecht haben wir kein System, auch hier muß sich der Publizitätsgedanke zeigen; er kann sich nur zeigen in der Uebergabe, d. h. darin, daß der bisherige Eigentümer die Sache nicht mehr besitzt. Daß dies eine Parteihandlung ist, spielt hierfür keine Rolle. Maßgebend war also der Publizitätsgedanke. Daß er sich einmal in einer Parteihandlung, einmal in einem obrigkeitlichen Akt äußert, ist Wille des Gesetzgebers gewesen, ist für den Begriff Einigung als Vertrag Nebensache.

Es ist nun weiter zu prüfen, ob ein dinglicher Vertrag zweckdienlich und weiter, ob er vom Gesetz gewollt ist. Diese Vertragsform würde sich erübrigen, wenn sie sich durch eine andere, die dieselben typischen Merkmale aufweist, und die keine schwereren Formerfordernisse verlangt, ersetzen ließe. Es würde dann kein dringendes Verkehrsbedürfnis vorliegen, diese Art von Verträgen anzuwenden.

---

[1]) Fuchs, S. 157.

[2]) Kluckhohn, S. 166.

bb) Unterschied des Vertrages zu Gunsten Dritter von der Stellvertretung.

Zweifellos besteht nun zwischen der Stellvertretung und den Verträgen zu Gunsten Dritter eine weitgehende Aehnlichkeit. Dies hat Bruns[1]) richtig erkannt, wenn er ausführt, daß beide Rechtsinstitute „durch das Handeln des einen bei einem anderen direkte Wirkungen, den unmittelbaren Erwerb von Rechten entstehen lassen," daß mithin beide unter „die große Gruppe des Handelns in fremdem Interesse, des Handelns für und zu Gunsten anderer fallen."

> „Sowohl bei den Verträgen zu Gunsten Dritter als bei den Stellvertretungsgeschäften bleibt, was den äußeren Hergang angeht, der eigentliche Interessent und Forderungserwerber dem Abschlusse des Geschäftes fern. Beide Male verspricht der Schuldner seinem Gegner, an einen Dritten zu leisten und beide Male erwirbt der Nichtkontrahent das Recht. In beiden Fällen handelt der Mittler in fremdem Interesse und zugleich in eigenem. In fremdem, weil er das Recht verschafft, im eigenen, weil er das nur tut wegen der zwischen ihm und dem Dritten bestehenden Kausalbeziehungen, die den Anlaß des Handelns bieten."[2])

Und doch unterscheiden sich die beiden Verträge so sehr, daß man nicht in den Fehler verfallen darf zu sagen, die Grenzen zwischen beiden Verträgen seien verwischt, man müsse je nach der Lage des Falles unter „Abwägung berechtigter Interessen" zur Annahme eines Vertrages zu Gunsten Dritter oder eines Falles der Stellvertretung kommen[2]).

Treffend hat Siber den Unterschied zwischen beiden Verträgen gefunden.

> „Wenn die erklärungsgemäßen Wirkungen — zu denen die gesetzlichen Notwirkungen des § 179 nicht gehören —, ausnahmslos in der Person des Dritten eintreten sollen, oder auch wegen ihrer ausschließlichen Beziehung zu einem bestimmten Dritten nur in einer Person eintreten können, so ist ein Vertrag in eigenem Namen undenkbar: Es ergibt sich auch nicht ein Differenzpunkt, an dem Vertrag zu Gunsten Dritter und Stellvertretung nicht zu unterscheiden wären und deshalb unter einen beide umfassenden Oberbegriff zu stellen wären — sondern es kann sich nur um Stellvertretung handeln und es sind alle Vorschriften über die Stellvertretung

---

[1]) Bruns S. 116 ff.

[2]) Bruns, S. 116 ff., S. 119.

und keinerlei Vorschriften über Verträge zu Gunsten Dritter anzuwenden[1]).

Dem gegenüber setze ein Vertrag zu Gunsten Dritter „zum Unterschied von Stellvertretung voraus, daß die erklärungsgemäßen Vertragswirkungen als Ganzes den Vertragsgegner (Versprechensempfänger) selbst in seinem Verhältnis zum Schuldner (Deckungsverhältnis) treffen sollen, daß aber ein vertraglicher Anspruch nebst seinen weiteren Zubehörungen als einzelner einem Dritten zustehen soll (Außenverhältnis). Bei einem dinglichen Vertrag, als einem abstrakten Rechtsgeschäfte wird es schwieriger als bei einem obligatorischen sein, nachzuprüfen, „ob alle erklärungsgemäßen Vertragswirkungen" in der Person des Dritten oder aber teilweise bei dem Versprechensempfänger und dem Dritten entstehen. Aber auch hier muß man auf den Rechtsgrund zurückgreifen[2]). Denn abstrakt heißt immer losgelöst in dem Sinne, daß man nicht auf den Inhalt der causa, wohl aber auf das Vorhandensein der causa zurückgreifen darf. Auch die dingliche Verfügung wird uns nicht nur in ihrer wirtschaftlichen, sondern auch in ihrer juristischen Bedeutung wenigstens in ihrer vollen juristischen Bedeutung erst verständlich, wenn wir erfahren, welcher wirtschaftlichen, oder allgemein gesprochen, welcher sachlichen Aufgabe sie dient, ob sie geschieht donandi, credendi, solvendi causa. Sollte die Sache geliehen, geschenkt oder zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegeben sein?[3]) So wird man auch hier die Unterschiede feststellen können.

Ist somit der Vertrag zu Gunsten Dritter keinesfalls mit der Stellvertretung identisch, so ist nun zu prüfen, ob dingliche Verträge zu Gunsten Dritter auf Grund der Bestimmungen des geltenden Rechts zuläßig sind, ob es möglich ist durch Vertrag zu Gunsten Dritter eine Rechtsänderung herbeizuführen, Eigentum zu übertragen.

cc) Die Verneinung der Gültigkeit eines dinglichen Vertrages zu Gunsten Dritter.

Zum Beweise dafür, daß Verträge zu Gunsten Dritter im Sachenrecht möglich sind, wird von verschiedenen Schriftstellern, so von Kluckhohn, Leonhard, Rosenberg, Bruns, Biermann, angeführt, daß sich im Bürgerlichen Gesetzbuch außer den §§ 328 ff. weitere Fälle insbesondere im § 1941 fänden. Nach § 1941 Abs. 2

---

[1]) Siber S. 6, S. 7.

[2]) ähnl. Piper S. 14, Siber S. 7.

[3]) Planck § 929 3 c.

könne als Erbe (Vertragserbe) oder als Vermächtnisnehmer sowohl der andere Vertragschließende als auch ein Dritter bedacht werden. Durch eine Vereinbarung der Vertragsparteien werde also die Wirkung erzielt, daß ein unbeteiligter Dritter einen selbständigen Vermögensanspruch erhalte. Die Verträge zu Gunsten Dritter seien deshalb im Bürgerlichen Gesetzbuch allgemein anerkannt. Wenn sich Kluckhohn dabei auf die Motive stützt, die seiner Meinung nach die dinglichen Verträge zu Gunsten Dritter anerkennen sollen, so hat er Unrecht, er hat übersehen, daß es hier heißt, eine Anwendung der Vorschriften über die Verträge zu Gunsten Dritter sei in allen den Fällen zweifelhaft, in denen der Gesetzgeber geschwiegen habe[1]).

Darin, daß das Gesetzbuch zwei selbständige, voneinander unabhängige Fälle der Verträge zu Gunsten Dritter kennt, kann man, wie Piper[2]) richtig sagt, keine „genügende Grundlage für die Schlußfolgerung sehen, daß nämlich auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuches eine allgemeine Zulässigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter anzunehmen sei". Wäre es Absicht des Gesetzgebers gewesen, diese Verträge als eine allgemeine Vertragskategorie — bekannt sind ihm diese Verträge gewesen, da sie ja die Rechtsprechung für das Gemeine Recht anerkannt hat — einzuführen, dann hätte er auch diesbezügliche Bestimmungen im Allgemeinen Teil treffen können. „Oder er hätte auch im Sachenrecht eine den §§ 328 ff. entsprechende Vorschrift einfügen können, ja es hätte sogar nur eines Hinweises bedurft, daß diese §§ entsprechende Anwendung zu finden hätten. Wenn der Gesetzgeber tatsächlich von dem Grundgedanken erfüllt gewesen wäre, daß diese Verträge zu Gunsten Dritter ganz allgemein zulässig seien, wozu bedurfte es dann überhaupt der Bestimmung des § 1941. Und wenn man diese Frage dahin beantwortet, daß § 1941 erforderlich gewesen sei im Hinblick auf die besondere Wesensart des Erbrechts, so kann es kaum zweifelhaft sein, daß auch im Sachenrecht eine solche Bestimmung unter Berücksichtigung der Eigenart dieses Rechtsgebietes notwendig gewesen wäre"[3]).

Man muß vielmehr das Gegenteil folgern. Der Gesetzgeber hat im allgemeinen die Gültigkeit dieser Verträge verneint. Nur ausnahmsweise hat er sie in den §§ 328 ff. und § 1941 Abs. 2 zugelassen, und deswegen bedurfte es auch besonderer Bestimmungen im Gesetz. Dies geht auch aus der Ueberschrift der

---

[1]) Motive V, S. 348.

[2]) Piper S. 16.

[3]) Piper S. 17.

§§ 328 ff. hervor, wo es heißt „Versprechen der Leistung an einen Dritten". Hieraus „ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber diese Bestimmungen im Hinblick auf die besondere Natur der Schuldverhältnisse geschaffen hat." Mit Recht sagt Hellwig[1]), daß es durch die unzweideutige Bestimmung des § 328 wohl ausgeschlossen sein dürfte den Versuch zu machen, die Kategorie der dinglichen Verträge zu Gunsten Dritter für das Reichsrecht aufzustellen, wie dies für das Gemeine Recht geschehen sei.

Weiterhin muß man eine analoge Anwendung der §§ 328 ff. auf das Sachenrecht ablehnen. Dies läßt sich nicht mit dem materiellen Konsensprinzip, das das Sachenrecht beherrscht, vereinbaren. Das Gesetz spricht klar und deutlich von der „Einigung des bisherigen Eigentümers und des Erwerbers". Es geht nicht an zu behaupten, wie Kluckhohn es tut, das Gesetz habe dabei eine Einigung zu Gunsten Dritter nicht ausschließen wollen. Das Gesetz verlange zu jeder auf Rechtsgeschäfte ruhenden Rechtsänderung im Gebiete des Sachenrechts „regelmäßig neben einem Publizitätsakte — der Uebergabe oder Eintragung — eine abstrakte Einigung des aktiv und passiv Beteiligten" Es sei jedoch nicht entschieden, wen man als aktiv Beteiligten anzusehen habe, ob dies etwa nur der sein könne, „zu Gunsten dessen die Rechtsänderung eintritt, oder auch ein anderer, der zu Gunsten dieses Letzteren sich an dem in der Einigung liegendem Verfügungsgeschäfte beteiligt"[2]). Kluckhohn stützt sich dabei auf § 305, wo es heißt, daß zur Begründung oder Aenderung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft ein Vertrag zwischen den Beteiligten „d. h. doch zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner" erforderlich sei. Man könne also hierunter nur diese beiden verstehen, das Gesetz habe dabei nur den Regelfall festlegen wollen, es sei aber anerkannt, daß hier ein Vertrag zu Gunsten Dritter möglich sei.

Dem ist entgegenzuhalten, daß das Gesetz im Sachenrecht nicht von Beteiligten spricht, sondern unzweideutig von Veräußerer und Erwerber. „Das von Kluckhohn angeführte Beispiel liefert gerade den entgegengesetzten Beweis als den von ihm angestrebten. Aus der allgemeinen Fassung des § 305 ist zu folgern, daß dem Gesetzgeber hier auch die Möglichkeit eines Vertrages zu Gunsten Dritter vorgeschwebt hat und er deswegen den allgemeinen Ausdruck „Beteiligte" gewählt hat. Demgegenüber berechtigt auch der Wortlaut des Gesetzes im Sachenrecht nur zu dem Schlusse, daß der Gesetzgeber es mit dem Geiste dieses Rechts-

[1]) Hellwig, S. 54.

[2]) Kluckhohn S. 175 ff. Piper S. 9.

gebiets nicht für vereinbar hielt, daß jemand ein dingliches Recht erwerben könne, ohne an der Einigung teilzunehmen"[1]). Deswegen betont das Reichsgericht in seinen oben zitierten Entscheidungen mit Recht, daß eine Einigung nur zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber stattfinden könne, daß ein Vertrag zu Gunsten Dritter aber nicht statthaft sei. Wohl unterliege der dingliche Vertrag, die Einigung, den Vorschriften des Allgemeinen Teils über Rechtsgeschäfte, nicht aber den Vorschriften über Verträge auf dem Gebiete des Rechts der Schuldverhältnisse, soweit nicht im dritten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches besonders auf sie Bezug genommen sei[2]). Bezug genommen ist aber nicht in den Vorschriften über die Einigung. Eines besonderen Hinweises hätte es aber bedurft, wenn man, wie hier, Normen eines Rechtsgebietes, das die Verpflichtungsgeschäfte regele, auf ein anderes, das die Erfüllungsgeschäfte behandele, also von ersterem völlig wesensverschieden sei, angewendet werden sollten[2]). Wenn man die Normen über den schuldrechtlichen Vertrag zu Gunsten Dritter auf das Sachenrecht angewendet wissen wollte, so wäre dies eine Ausnahme von dem dort geltenden materiellen Konsensprinzip, deren Zulässigkeit nur dann anzuerkennen wäre, wenn der Gesetzgeber sie ausdrücklich ausgesprochen hätte[3]).

Verschiedene Schriftsteller[4]) wollen ihre Ansicht von der Zulässigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter im Sachenrecht damit verteidigen, daß sie sagen, es läge ein dringendes Verkehrsbedürfnis vor, die Verträge zu Gunsten Dritter mit der Wirkung unmittelbaren Rechtserwerbs auszustatten. Dem steht der zwingende und ausschließliche Charakter der Vorschriften des Sachenrechts entgegen. Im übrigen sagt das Reichsgericht, daß ein Verkehrsbedürfnis bisher noch nicht nachgewiesen sei[5]). Deshalb kann eine Einigung immer nur zwischen Veräußerer und Erwerber stattfinden[6]). Es kann also durch einen Vertrag zu Gunsten Dritter kein Eigentum übertragen werden.

b) Der Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall.

Der Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall ist im § 331 behandelt. Im Absatz 1 dieses § heißt es:

---

[1]) Piper S. 20.

[2]) R. G. Bd. 66, S. 99.

[3]) Piper S. 25; R. G. Bd. 66, S. 99.

[4]) Piper S. 20; Biermann III S. 5; Rosenberg S. 543; Cosack § 24 I, 6.

[5]) R. G. R. K. § 328, R. G. Bd. 66, S. 99.

[6]) Planck III, S. 122, S. 416.

„Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode desjenigen erfolgen, welchem sie versprochen wird, so erwirbt der Dritte das Recht auf die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers".

Wenn nichts anderes vereinbart ist, erwirbt der Begünstigte demgemäß erst mit dem Tode des Versprechensempfängers das Recht auf die unentgeltliche Zuwendung. Der Versprechensempfänger behält bei seinen Lebzeiten die Befugnis, mit seinem Vertragsgegner die Aufhebung des Vertrages zu vereinbaren. Bis zum Zeitpunkt des Todes hat der Begünstigte weder einen bedingten oder betagten Rechtsanspruch, noch eine juristisch bedeutungsvolle Anwartschaft auf künftigen Erwerb höchstens eine Hoffnung auf den Erwerb der Zuwendung. Der Anfall seines Rechts ist davon abhängig, daß er den Todesfall erlebt. Im Zeitpunkt des Todes, also in demselben Augenblick, in welchem der Erbe Rechtsnachfolger des Versprechensempfängers wird, erwirbt er das Recht auf die Zuwendung unmittelbar. Er erwirbt das Recht gegen den Versprechenden, d. h. in unserem Fall gegen den von uns genannten „Dritten", aber nicht gegen den Nachlaß. Der Erwerb des Rechts auf die Zuwendung tritt mit dem Todesfall, aber nicht kraft Erbfalls ein.

aa) Unterschied des Vertrages zu Gunsten Dritter auf den Todesfall von dem Schenkungsversprechen auf den Todesfall.

Durch den Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall soll der Bedachte eine unentgeltliche Zuwendung nach dem Tod erhalten. Es liegt daher sehr nahe, an ein Schenkungsversprechen auf den Todesfall zu denken. Bei beiden Rechtsgeschäften will der Zuwendende dem Bedachten eine unentgeltliche Zuwendung zukommen lassen, in beiden Fällen soll der Erwerber die Zuwendung nach dem Tode des Gewährenden erhalten.

Wäre nun die mit dem Versprechenden getroffene Vereinbarung ein Schenkungsversprechen, dann müßten die Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen Anwendung finden. Als Verfügungen von Todes wegen kommen nach § 2278 nur Vermächtnis, Auflage oder Erbvertrag in Betracht. Kann nun in unserem Geschäft ein Vermächtnis gemäß § 2147 gesehen werden?

Es müßte dann entweder der Erbe oder ein Vermächtnisnehmer des Versprechensempfängers mit einem Vermächtnis zu Gunsten des Bedachten durch die zwischen dem Versprechensempfänger und Versprechenden getroffene Vereinbarung belastet

sein. Kipp[1]) hat nun den Promittenten als Vermächtnisnehmer hingestellt, er sagt, wie es nach römischem Recht möglich gewesen sei, den Schuldner mit einem Fideikommiß zu belasten, so kann der Versprechende mit einem Fideikommiß belastet werden, weil er seinerseits ein Fideikommiß zu gleichem Betrage erhalte, nämlich das der Schuldbefreiung von seiner Leistungspflicht an den Erben des Versprechensempfängers. Daß ein großer Unterschied zwischen der Beschwerung eines Vermächtnisnehmers und der hier gegebenen Beschwerung des Versprechenden besteht, erkennt man am besten, wenn man annimmt, der Bedachte weise das ihm Zugewandte zurück, dann gilt nach § 333 „das Recht als nicht erworben". In diesem Falle steht das Recht auf Leistung den Erben des Versprechensempfängers zu, während der Vermächtnisbeschwerte gemäß § 2176 von jeder Leistungspflicht bezüglich des dem Bedachten zuzuwendenden Gegenstandes befreit sein würde[2]).

Man kann ebensowenig annehmen, der Erbe des Promissars sei zu Gunsten des Bedachten mit einem Vermächtnis belastet. Wenn auch der Bedachte bis zum Tode des Zuwendenden kein Recht, höchstens eine Hoffnung auf die Zuwendung erhält, so erwirbt er doch im Augenblick des Todes unmittelbar das Recht auf die Leistung, so daß das Zugewendete nicht zum Nachlaß gehört. Aus diesem Grunde kann eine Vermächtnisbeschwerung der Erben des Versprechensempfängers zu Gunsten des Bedachten nicht vorliegen, ebensowenig ein sogenanntes Verschaffungsvermächtnis zu Lasten der Erben im Sinne der §§ 2169, 2070 als vorliegend erachtet werden.

Weiter ist es nicht angängig den Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall analog der Auflage zu behandeln. Durch letztwillige Anordnung kann auch bei einer Auflage eine andere Person zu Gunsten eines Dritten belastet werden. Ist nun die Verpflichtung des Versprechenden eine Auflagebeschwerung zu Gunsten des Bedachten? Nach § 2194 können nur der Erbe, Miterbe oder derjenige, welchem der Wegfall der mit der Auflage zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde, die Vollziehung der Auflage verlangen, niemals aber derjenige, zu dessen Gunsten eine Auflage angeordnet worden ist. Nach § 331 Abs. 1 hat aber der Bedachte gegen den Versprechenden ein selbständiges Klagerecht auf Leistung des ihm zugewandten Gegenstandes.

---

[1]) Kipp S. 30.

[2]) s. Seyfferth, S. 18.

Kann der gemäß § 331 Abs. 1 abgeschlossene Vertrag als Erbvertrag zu Gunsten eines Dritten angesehen werden? Bei beiden Verträgen wird eine mit dem Vertragschließenden nicht identische Person berechtigt.

In einem Erbvertrage können nun nach § 2278 Abs. 2 „andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen vertragsmäßig nicht getroffen werden."

Daß weder ein Vermächtnis noch eine Auflage vorliegen kann, ist schon oben nachgewiesen worden. Aber auch eine Erbeseinsetzung ist in der Begünstigung durch den Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall nicht zu erblicken. Nach § 1922 geht mit dem Tode einer Person deren Vermögen als ganzes auf eine oder mehrere Personen über. Wir haben also im BGB. das Prinzip der Universalsukzession. Würde man bei einem Vertrage gemäß § 331 den Bedachten als Erben ansehen, so hätte dieser in die Gesamtheit der Rechtsverhältnisse des Versprechensempfängers eintreten müssen, nicht aber hätte er nur ein einzelnes Zuwendungsobjekt zu beanspruchen.

Beim Erbvertrag zu Gunsten Dritter entsteht das Recht des Bedachten auf Grund des einseitigen Willens des Erblassers, also nur eines Vertragschließenden, da von diesem der Bedachte die Zuwendung erhält. Der Abschluß des Erbvertrages, die erbvertragliche Vereinbarung der Parteien dient nur dazu, dem Erblasser an diese Begünstigung zu binden, so daß dieser ohne Zustimmung des anderen Vertragschließenden die Verfügung nicht einseitig widerrufen kann. Die Vereinbarung wirkt nicht als Grund der Zuwendung, sondern die andere Person dient nur als Formperson[1]).

Beim Vertrag nach § 331 dagegen sind die zwischen den Vertragschließenden gewechselten übereinstimmenden Willenserklärungen der Grund der Zuwendung, durch diese Vereinbarung entsteht das Recht des Bedachten. Der Versprechensempfänger kann im Falle des § 331 jederzeit die Leistung des Versprechenden an sich selbst verlangen, da der Dritte vor dem Erbfall überhaupt kein Recht hat. Dies aber ist beim Erbvertrag nicht ohne weiteres möglich. Hier kann der Erblasser das einmal erbvertraglich festgelegte Recht des Bedachten nur mit Einwilligung des Erbvertragsgegenkontrahenten widerrufen.

Beim Erbvertrag zu Gunsten Dritter tritt ebenso wie bei dem Vertrage zu Gunsten Dritter auf den Todesfall der Rechtserwerb des Bedachten unmittelbar mit dem Tode des Verfügenden

[1]) Seyfferth S. 26.

ein; bei dem Erbvertrag liegt jedoch ein Erwerb aus dem Nachlaß vor, während im § 331 der Bedachte den Anspruch nicht aus dem Nachlaß, sondern unmittelbar auf Grund der getroffenen Vereinbarung erhält. Daraus geht hervor, daß beide Geschäfte ganz verschiedenartige sind.

bb) Die Form des Vertrages zu Gunsten Dritter auf den Todesfall.

Das Ergebnis des letzten Abschnittes ist nun, daß der Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall, durch den der Bedachte eine unentgeltliche Zuwendung erhalten soll, und das Schenkungsversprechen auf den Todesfall vollkommen verschiedene Rechtserscheinungen sind.

Der Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall, insbesondere dann, wenn durch diesen Vertrag eine unentgeltliche Zuwendung gemacht werden soll, unterscheidet sich kaum von den eigentlichen Verfügungen von Todes wegen. Durch dieses Rechtsgeschäft kann man denselben Rechtserfolg herbeiführen, der grundsätzlich den typisch erbrechtlichen Geschäften vorbehalten zu sein scheint. Der Zuwendende behält einerseits bis zu seinem Tode das Verfügungsrecht über die Zuwendung, andererseits trifft er letztwillige Verfügungen. Damit erhebt sich die Frage, ob nicht auf einen solchen Vertrag zu Gunsten Dritter die Formvorschriften der Schenkungsversprechen auf den Todesfall, also die der Verfügungen von Todes wegen analog Anwendung zu finden hätten.

Trotz dieser Bedenken kann man durch diese Art von Verträgen einem anderen eine unentgeltliche Zuwendung auf den Todesfall machen, ohne daß die erbrechtlichen Vorschriften gewahrt sein müssen.

Man hat wohl eingewandt, es würde eine große Rechtsunsicherheit Platz greifen, wenn man die Verträge zu Gunsten Dritter auf den Todesfall formfrei abschließen könnte. Eine Rechtsunsicherheit kann schon deshalb nicht eintreten, weil man sich von vornherein über die Höhe der Leistung an den Bedachten und den Zeitpunkt der Zuwendung im klaren ist, enthält doch der Grundvertrag darüber genaue Bestimmungen. Man muß weiter bedenken, daß im Erbrecht zum Teil die Formvorschriften deshalb bestehen, um den Erben die gesamte Sachlage vor Augen zu führen, und daß so ein gewisse Unsicherheit beseitigt wird[1]). Beim Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall ist noch der Promittent da, der als unparteiischer Zeuge die erforderlichen Auskünfte erteilen und so die sonst bestehende Rechtsunsicherheit

[1]) Mook, S. 27.

beseitigen kann. Unparteiisch ist er, da es ihm ja schließlich gleichgültig sein muß, ob er den Erben oder dem Bedachten seine Schuldnerleistung macht.

Ein Widerspruch gegen die ratio legis kann ebenfalls in der Formfreiheit dieser Art Verträge nicht gefunden werden. Es soll immer derjenige, der sich durch Rechtsgeschäfte zu zukünftigen Leistungen verpflichtet, durch die Beobachtung von besonderen Formvorschriften vor Uebereilung geschützt werden. Dieser Zweck wird bei den Verträgen zu Gunsten Dritter auf den Todesfall einmal durch die Einschiebung eines Mittelsmannes bewirkt. Der Zuwendende behält zudem bis zu seinem Tode das Eigentum und die Verfügungsgewalt über die Zuwendung, während der Bedachte bis dahin kein Recht erwirbt[1]). Der Zuwendende ist somit nicht des geringsten Risikos durch dieses Rechtsgeschäft ausgesetzt.

Auch das Reichsgericht[2]) verlangt für die Verträge zu Gunsten Dritter auf den Todesfall keine besondere Form. Daß dies auch der Wille des Gesetzgebers gewesen ist, geht auch daraus hervor, daß er im § 331 nichts über ein besonderes Formerfordernis sagt.

Den Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall lediglich aus dem Grunde, weil der Effekt dieses Vertrages eine letztwillige Zuwendung des Versprechensempfängers an den Bedachten enthält, in eine erbrechtliche Form zu kleiden, würde eine gänzliche Verkennung des Wesens der Verträge zu Gunsten Dritter überhaupt bedeuten. Der Vertrag nach § 331 stellt eben keine letztwillige Verfügung im technischen Sinne des fünften Buches des BGB. dar, weil insbesondere keine Vergabung aus dem Nachlaß vorliegt. Die unentgeltliche Zuwendung löst sich vielmehr als direkte Folge aus dem Grundgeschäft ab. Das Recht wird unmittelbar aus dem Vertrag zwischen Versprechensempfänger und Versprechenden erworben. Das Zugewendete trennt sich, wie schon wiederholt gesagt, mit dem Tode des Verfügenden vom Nachlaß und gehört nicht zu diesem. Der Vertrag nach § 331 stellt sich eben dar als ein selbständiges Rechtsinstitut des BGB., muß demnach bezüglich der Formfrage wie jeder Vertrag zu Gunsten Dritter behandelt werden[3]).

cc) Das Recht des Bedachten als dingliches Recht.

Oben haben wir gesehen, daß ein Vertrag nach § 328 nur ein obligatorisches Recht erzeugt, daß im Sachenrecht ein Vertrag

---

[1]) Mook, S. 28.

[2]) RG. Bd. 10, S. 279; Bd. 106, S. 1 ff.

[3]) ähnl. Seyfferth, S. 48.

zu Gunsten Dritter nicht statthaft ist. Ist nun das Recht des Bedachten nach § 331 Abs. 1 im Gegensatz zu § 328 ein dingliches?

Hellwig[1]) steht auf dem Standpunkt, daß der Bedachte beim Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall mit dem Tode des Zuwendenden unmittelbar Eigentum an dem Zuwendungsobjekt erhält. Er sagt, es sei ein Sonderrecht des Vertrages zu Gunsten Dritter, daß der in der Vereinbarung des Versprechensempfängers mit dem Versprechenden hervortretende Zuwendungswille des Versprechensempfängers dem Bedachten unmittelbar das Recht auf die Leistung verschaffe, ohne daß es einer Vereinbarung über den Rechtsgrund zwischen dem Versprechensempfänger und dem Begünstigten bedürfe. Aus dem Umstande, daß es keiner Vereinbarung über den Zuwendungszweck bedürfe, schließt Hellwig die Folgerung, daß auch keine Einigung über die Eigentumsübertragung der Zuwendung erforderlich sei[2]). Wohl ist es richtig, daß es bei den letztwilligen Verträgen zu Gunsten Dritter keiner Vereinbarung über den Zuwendungszweck bedarf[3]); daß man aber daraus folgern kann, der dingliche Erwerb vollziehe sich ohne Einigung, dafür dürfte es wohl an ausreichenden Gründen fehlen. Das BGB. hat in § 929 ff. die Materie über den Erwerb dinglicher Rechte eingehend geregelt und bestimmt, daß das Eigentum an beweglichen Sachen nur durch Einigung und Uebergabe oder eines der Uebergabesurrogate erworben werden kann. Soweit im übrigen ein dingliches Recht ohne Beachtung dinglicher Vorschriften erworben werden kann, hat das Gesetz dies ausdrücklich hervorgehoben, so z. B. beim Erbfall (§ 1922), (§ 1438), § 952, wonach dem jeweiligen Eigentümer der Schuldschein zusteht, ohne daß es eines besonderen Aneignungs- oder Uebereignungsaktes bedarf.

Kipp[4]) sagt weiter, das Vermächtnis, das auch seinerseits keiner Kausalberedung bedarf, verschaffe dem Vermächtnisnehmer nicht ohne Einigung (mit den Erben) Eigentum; „mit welchem Recht soll es dann bei den hier fraglichen Geschäften anders sein?"

Nach Endemann[5]) kann der Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall mit einem mandatum post mortem derart miteinander verbunden werden, daß der Begünstigte eine dinglich gesicherte Anwartschaft auf die ihm zugedachte Leistung erwirbt. Würden diese Rechtsgeschäfte miteinander verbunden werden, dann würde

---

1) Hellwig, S. 363.

2) Hellwig, S. 354.

3) Kipp, S. 141.

4) Kipp, S. 141.

5) Endemann V., § 30, V.

der Begünstigte kraft des Grundvertrages das Forderungsrecht auf die ihm zugewendete Leistung erwerben; die Bewirkung dieser Leistung würde durch die aus der Vertretungsmacht des Versprechenden sich ergebende Verfügungsmacht gesichert sein. Später wird noch die Gültigkeit des mandatum post mortem zu prüfen sein. Aus den dort genannten Gründen ist ein mandatum post mortem abzulehnen. Man muß daher auch zur Ablehnung einer solchen dinglichen Anwartschaft für den Erben kommen.

Die Wirkung der dinglichen Anwartschaft kann nach Endemann noch dadurch verstärkt werden, daß der Zuwendende das Zuwendungsobjekt dem Versprechenden übergibt. Der Bedachte erwerbe dann unmittelbar mit dem Tode das Objekt zu Eigentum; es sei dies ein Ersatz für das im BGB. beseitigte Vindikationslegat.

Das Gesetz hat die Ausnahmen, in denen es entgegen §§ 929 ff. keines besonderen Uebereignungs- oder Uebertragungsaktes bedarf, ausdrücklich hervorgehoben. Wenn der Gesetzgeber bei den Verträgen im Sinne des § 331 Abs. 1 betr. eines dinglichen Erwerbs des Bedachten keine Bestimmung trifft, dann kann das Gesetz im Sinne der Hellwig-Endemann'schen Auffassung nicht ausgelegt werden. Man muß dabei auch berücksichtigen, daß das BGB. das Vindikationslegat nicht anerkannt hat. Aus der Stellung des § 331 Abs. 1 zu dem § 328 wird man auch folgern müssen, daß der Gesetzgeber einen dinglichen Rechtserwerb nicht gewollt hat. Das BGB. spricht im § 328 von einem obligatorischen Recht, im § 331, der eine Auslegungsregel zum § 328 darstellt, wird der Erwerb des Bedachten „als Recht auf die Leistung" bezeichnet. Der Gesetzgeber bringt damit wohl klar zum Ausdruck, daß das Recht des Dritten im § 331 von dem des § 328 als solches in seinem Wesen nicht verschieden ist, also auch nur ein obligatorisches ist[1]). Wollte der Gesetzgeber im § 331 im Gegensatz zu § 328 dem Bedachten ein dingliches Recht gewähren, dann hätte er dies irgendwie erkennbar machen müssen. Der Bedachte erwirbt auch im Falle des Vertrages zu Gunsten Dritter auf den Todesfall im Moment des Todes des Gewährenden nur ein Forderungsrecht.

2. Das mandatum post mortem.

Weiter ist zu untersuchen, ob der Gesetzgeber ein mandatum post mortem im Gesetz anerkennt. Das mandatum post mortem stellt sich nach Endemann als Auftrag und Vollmacht dar, „im Namen des verstorbenen Vertretenen, über dessen Rechte insoweit zu verfügen, als die Vertretungsmacht reicht. Das bestimmte

---

[1]) Seyfferth, S. 52.

Geschäft soll von dem Beauftragten erst nach dem Tode des Auftraggebers begonnen und vollzogen werden"[1]). Der Tod soll also Bedingung für das Rechtsgeschäft sein. Wohl haben die Vertragschließenden schon zu Lebzeiten des Auftraggebers das mandatum geschlossen. Im Zeitpunkt des Todes soll das mandatum aber erst gültig werden. Es verfolgt damit einen Zweck, der vor dem Tode des Auftraggebers gar nicht durchführbar ist. Jetzt soll der Beauftragte verpflichtet sein, den Auftrag auszuführen. Die Rechte, die nun der Beauftragte vornimmt, sollen Rechte sein, die vom Nachlaß und von der Erbfolge ausgesondert sind. Der Beauftragte soll demgemäß die Macht haben, aus dem Willen des Verstorbenen heraus über Rechte zu verfügen, die dieser seiner eigenen Rechtsmacht vorbehalten und daher aus dem Nachlaß ausgeschieden hat[2]). In unserem Falle würde also der Dritte den Auftrag erhalten, nach dem Tode des Zuwendenden dem Bedachten die unentgeltliche Zuwendung zu machen.

Endemann sowie Oertmann stützen ihre Ansicht von der Gültigkeit eines mandatum post mortem besonders auf die §§ 672 und 168.

> § 672 spricht davon, daß ein Auftrag im Zweifel nicht durch den Tod des Auftraggebers erlischt, während § 168 sagt, das Erlöschen der Vollmacht richtet sich nach dem der Erteilung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft.

Oertmann[3]) gibt selbst zu, daß § 672 einen schon in Kraft getretenen Auftrag im Auge habe, regele also die Frage des nachträglichen Erlöschens, bei dem seinem Inhalt nach auf den Tod des Auftraggebers gestellten mandatum post mortem aber stehe kein nachträgliches Erlöschen zur Erörterung. Man könne deshalb die Anwendbarkeit von § 672 anzweifeln. Wer es auf die Zeit nach jenem Ereignis nicht als wirksam erachte, müsse es als nach seinem Inhalt nur gerade für jene Zeit bestimmt, von vornherein für unwirksam erklären. Denn alsdann stehe ja sofort fest, daß es niemals zur Geltung kommen könne, daß es einem im Rechtssinne unmöglichen Inhalt habe.

Trotz dieser Bedenken steht Oertmann[4]) auf dem Standpunkt, daß § 672 den schon vor dem Tod des Erteilers in Kraft getretenen wie den des überhaupt erst nach dem Tode auszuführenden Auftrags umfaßt, daß ein Auftrag, der erst nach dem Tode des

---

[1]) Endemann § 30, V b.

[2]) ähnl. Endemann § 30 V b, Oertmann BA Bd. 13, S. 6.

[3]) Oertmann S. 6.

[4]) Oertmann S. 10.

Machtgebers gelten soll, für gänzlich unbedenklich anzuerkennen ist. Man würde sonst einen Rückschritt in die Ungelenkigkeit des römischen Rechts machen. Den obengenannten Hinweis auf § 672 hält er, wie wir gesehen haben, an sich für begründet, mangels eines gesetzlichen Verbotes jedoch, das allein der Gültigkeit des mandatum post mortem entgegenstehen könnte, könne ein Auftrag für diese Zeit nach dem Tode im geltenden Recht nicht bezweifelt werden. Wenn es noch eines Beweises bedürfen sollte, so folgt die Gültigkeit des mandatum post mortem schlagend aus § 331, denn danach kann ein Vertrag auf Leistung an Dritte auch in der Weise geschlossen werden, daß der zu Berechtigende sein Recht erst nach dem Tod des Versprechensempfängers erwerben soll. Die Gründe der beiden Schriftsteller erscheinen jedoch nicht zwingend für eine allgemeine Gültigkeit des mandatum post mortem. Das Wesen des mandatum post mortem besteht gerade darin, daß es erst mit dem Tod wirksam werden soll. § 672 und ebenso § 168 verlangen aber gerade, daß ein Auftragsvertrag bzw. eine Vollmacht schon vor dem Tode des Auftragsgegners da ist. „Fortwirken kann nur was besteht",[1]) zu Lebzeiten des Erblassers ist ein gültiger Auftragsvertrag noch nicht zustande gekommen. Beim Vorliegen eines Auftrags muß sich der Beauftragte gemäß §§ 662 ff. verpflichten, das ihm übertragene Geschäft für diesen zu besorgen[2]). Beim mandatum post mortem soll der Beauftragte den Auftrag erst nach dem Tod des Erblassers ausführen, er würde jetzt nicht mehr für seinen ehemaligen Auftraggeber handeln, da dieser ja tot ist; er würde vielmehr jetzt für die Erben handeln.

Ein ausdrückliches Verbot, Verträge dieser Art nicht abzuschließen, ist dann nicht notwendig, wenn die Gültigkeit dieser Rechtsgeschäfte dem Wesen dieser §§ 662 ff. entgegensteht. Das mandatum post mortem widerspricht nun, wie wir gesehen haben, dem § 672. Man muß es daher ablehnen, dieses Rechtsgeschäft im heutigen Recht für gültig zu erklären.

Der weitere Hinweis Oertmanns auf § 331 kann die Behauptung, daß es kein mandatum post mortem im heutigen Recht gibt, nicht widerlegen. § 331 bildet einmal einen Sonderfall der Verträge zu Gunsten Dritter. Hier wird ein Vertrag zwischen dem späteren Erblasser als Versprechensempfänger und dem Gegner über eine nach dem Tod zu bewirkende Leistung abgeschlossen. § 331 spricht von einer Verpflichtung des Versprechenden zu einer Leistung aus seinem eigenen Vermögen, während beim

[1]) Spielmanns S. 403 unter 3.

[2]) Goldmann-Lilienthal I, § 183.

mandatum post mortem „die Verpflichtung übernommen wird, das Geschäft eines Dritten, nämlich der Erben, vorzunehmen“[1]).

Wie auch das Reichsgericht in Bd. 106, S. 2 unter Bezugnahme auf Bd. 83, S. 223 sagt, besteht ein Unterschied zwischen mandatum post mortem und Vertrag zu Gunsten Dritter darin, daß bei § 331 hinsichtlich der Verpflichtung nur das Verhältnis zwischen Versprechenden und Versprechensempfänger in Betracht kommt, beim mandatum post mortem aber das Verhältnis vom Erben zum Versprechensempfänger. Aus allem geht hervor, daß für das mandatum post mortem im heutigen Recht kein Platz ist.

3. Das fiduziarische Rechtsgeschäft.

Wenn nun zwischen dem Eigentümer und Dritten ein fiduziarisches Rechtsgeschäft vereinbart worden ist, hat dann der Erwerber Eigentum an der unentgeltlichen Zuwendung erworben, über die das betreffende Rechtsgeschäft abgeschlossen worden ist?

Unter einem fiduziarischen Rechtsgeschäft[2]) versteht man dasjenige Rechtsgeschäft, bei dem der Empfänger einer Zuwendung (Fiduziar) nach außen eine Rechtsstellung erhält, die über den mit dem Rechtsgeschäft erstrebten wirtschaftlichen Zweck hinausgeht. Bezüglich der Verfügung über die Zuwendung ist der Fiduziar obligatorisch verpflichtet, von seiner Rechtsstellung keinen anderen Gebrauch zu machen als dies dem wahren Zweck entspricht. Zu diesem Rechtsinstitut wird man dann greifen, wenn die direkte Erreichung des beabsichtigten Zweckes nicht möglich oder doch nicht tunlich ist.

Der Eigentümer will seine ihm gehörende Sache einem anderen zu Eigentum übertragen. Da es ihm aus irgendwelchen Gründen nicht möglich ist, dem anderen die Sache zu übergeben und sich mit diesem über den Eigentumsübergang zu einigen, greift er zu dem fiduziarischen Rechtsgeschäft, um so mit Hilfe eines Dritten dem anderen Eigentum zu übertragen — vorausgesetzt, daß man durch ein fiduziarisches Rechtsgeschäft rechtswirksam Eigentum übertragen kann, was im folgenden zu untersuchen und zu beweisen ist. — Mit diesem Dritten müßte nun der Eigentümer vereinbaren, daß dieser Eigentum an der Sache erhalten soll, — dieser Dritte müßte auch die Zuwendung durch Einigung und Uebergabe zu Eigentum erwerben — er solle aber verpflichtet sein, das erhaltene Eigentum an denjenigen, den der Eigentümer als Erwerber bestimmt, weiter zu übertragen. „Dieses in die

---

[1]) Spielmans S. 405 und 406.

[2]) Regelsberger, S. 172 ff.

Form der Uebereignung gekleidete Geschäft"[1]) hätte also nur den wirtschaftlichen Zweck, den man sonst mit einer Vollmacht verfolgt. Das Geschäft geht hier über den erstrebten wirtschaftlichen Zweck, der ja in der Uebereignung an den vom Eigentümer bestimmten Erwerber besteht, hinaus. Nach außen hätte der Dritte die Rechtsstellung eines Eigentümers, im Innenverhältnis bliebe er, wie Dernburg sagt, „bloßer Bevollmächtigter"[2]). Der Dritte wäre obligatorisch verpflichtet, dem Erwerber Eigentum zu übertragen. Würde er dies nicht tun, dann würde er sich schadensersatzpflichtig machen.

Diese fiduziarischen Geschäfte sind zwar im Bürgerlichen Gesetzbuch nirgends erwähnt, aber doch allgemein, besonders auch in der Rechtsprechung des Reichsgericht als gültig anerkannt[3]). Man kann diesem Rechtsgeschäft seine Gültigkeit nicht deshalb absprechen, weil es unter die Kategorie der simulierten Geschäfte falle. Das fiduziarische Rechtsgeschäft kann nicht unter § 117 fallen, weil hier im Gegensatz zu den simulierten Geschäften ein bestimmter juristischer Zweck wirklich gewollt und tatsächlich auch erreicht wird, nicht aber etwas nur zum Schein erklärt wird. Ist nun zwischen Eigentümer und Dritten ein fiduziarisches Rechtsgeschäft abgeschlossen worden, und hat der Dritte vertragsgemäß gehandelt, dann ist die betreffende Zuwendung von dem Dritten an den vom Eigentümer bestimmten Erwerber weitergegeben, und dieser Eigentümer geworden.

In unserem Fall soll der Bedachte erst nach dem Tod des Zuwendenden die Zuwendung zu Eigentum erhalten. Der Zuwendende müßte hier mit dem Dritten, dem Fiduziar, vereinbaren, daß dieser bis zu seinem Tode Eigentum erhalten, nach Eintritt des Todes aber verpflichtet sein solle, das Eigentum an den Bedachten weiter zu übertragen. Bis zum Tode hätte dann der Bedachte kein Eigentum erworben. Ist nun der Uebereignungsakt, den der Dritte mit dem Bedachten nach diesem Zeitpunkt abschließt, gültig?

Der Wille des Eigentümers geht dahin, den Bedachten im Zeitpunkt seines Todes zum Eigentümer des Zuwendungsobjektes zu machen. Dieses fällt nicht in den Nachlaß, sondern wird von diesem abgesondert, da der Gewährende schon zu Lebzeiten sich dieses Vermögensstückes entäußert hat, da ja der Zuwendende schon Eigentümer geworden ist. Das Zuwendungsobjekt gehört

[1]) RGRK. VI, vor § 104.

[2]) Dernburg, Pandekten Bd. I, § 100, S. 232.

[3]) Planck I, § 117 Nr. 7; Staudinger Anm. 6 vor § 104 RGRK. No. 6 vor § 104.

mithin nicht zum Nachlaß, die Erben haben deshalb auch keinen Anspruch auf die Zuwendung. Der Bedachte erhält nun Eigentum an der Sache, wenn der Fiduziar nach dem Tode des Zuwendenden den Uebereignungsakt vornimmt. Es kommt hier nicht darauf an, daß die Einigung und Uebergabe seitens des Dritten mit dem Erwerber erst nach dem Tode des bisherigen Eigentümers stattgefunden hat. Maßgebend für die Rechtsgültigkeit dieses fiduziarischen Rechtsgeschäfts ist allein, daß dieses zu Lebzeiten des Eigentümers rechtsgültig abgeschlossen worden ist, daß auf den Fiduziar Eigentum durch Einigung und Uebergabe übergegangen ist. Dieses fiduziarische Rechtsgeschäft, durch das eine Zuwendung auf den Todesfall gemacht werden soll, bedarf auch nicht der erbrechtlichen Form. Erbrechtliche Formen sind nur für die Rechtsgeschäfte vorgesehen, die reine Verfügungen von Todes wegen enthalten, also solche, die die Regelung des Nachlasses betreffen. Bei dem fiduziarischen Rechtsgeschäft soll nach dem Willen des Erblassers die Zuwendung nicht in den Nachlaß fallen, sondern sich unmittelbar mit dem Tode vom Nachlaß sondern. Dieses Rechtsgeschäft kann mithin formfrei abgeschlossen werden.

In dem ersten Hauptabschnitt ist nun festgestellt worden, in welchem Fall der Bedachte eine Zuwendung auf den Todesfall mit Hilfe eines Dritten zu Eigentum erhält.

Die Darlegungen haben aber weiter folgendes ergeben:

Unsere Rechtsordnung enthält keinen Rechtssatz des Inhalts, daß eine Zuwendung auf den Todesfall ausschließlich in den typischen Formen der Verfügungen von Todes wegen bewirkt werden darf. Die Ordnung des Erbrechts gilt nicht exclusiv, die in ihr verordneten Rechtsfolgen können auch auf anderem Wege erreicht werden. Es ist immer im Auge zu behalten, daß sich die Ordnung der Erbfolge nur auf den Nachlaß erstreckt. Rechtlich geschützte Nachlaßinteressenten, wie insbesondere Erben und Nachlaßgläubiger gibt es nur gegenüber dem Nachlaß. Der Erblasser kann nicht nur bestimmen, wer als Erbe berufen ist, sondern auch, welche Rechte sich noch im Nachlaß vorfinden sollen. Er kann bewirken, daß bestimmte Vermögensrechte vom Erbgang und vom Nachlaß ausscheiden. Das derart übermittelte Recht gehört dann nicht zum Nachlaß und untersteht damit nicht den erbrechtlichen Grundsätzen. Diejenigen Rechtsgeschäfte, die sich nicht auf Nachlaßrechte beziehen, unterliegen daher nicht den erbrechtlichen Formvorschriften. Nur die Schranke bleibt, daß eine kraft Gesetzes sich vollziehende Gesamtnachfolge lediglich durch die typischen Verfügungen von Todes wegen erreicht werden

kann[1]). Erbrechtliche Nachfolger sind nur die Erben und diejenigen, die aus der Hand der Erben einzelne Nachlaßgegenstände erwerben, nicht gehört zu ihnen derjenige, dessen Sondernachfolge sich unmittelbar aus der Hand des Verstorbenen ableitet.

III. Der Dritte als Mittelsperson des Zuwendenden.

Im zweiten Hauptabschnitt soll die Frage behandelt werden, wie Eigentum einer unentgeltlichen Zuwendung auf den Todesfall einem Bedachten übertragen wird, wenn der Dritte als Mittelsperson des Veräußerers handelt. Diese Mittelsperson kann als Bote oder Stellvertreter handeln.

1. Unterschied von Stellvertreter und Bote.

Stellvertretung bei Rechtsgeschäften liegt vor, wenn der Vertreter ein Rechtsgeschäft in der Weise abschließt, daß die Wirkung sich unmittelbar oder auch nur allein in der Person eines anderen äußern und das Rechtsgeschäft somit seiner gesamten Wirkung nach, wiewohl es nicht von dem anderen vorgenommen worden ist, dennoch als das seinige gelten soll[2]).

Damit dieses Rechtsgeschäft zustande kommt, ist einmal erforderlich, daß der Vertreter im Namen des Vertretenen handelt, weiter das Vorhandensein einer Ermächtigung, das Geschäft vornehmen zu dürfen. Das Kriterium der Stellvertretung liegt nach der herrschenden Meinung „in der selbständigen Willensproduktion des Stellvertreters“[3]). Der Mittler ist es, der innerhalb der ihm verliehenen Vertretungsmacht eine eigene Willensbildung vornimmt und äußert. Der Vertretene hat zwar seinen Willen dem Vertreter kund gegeben, aber seinen Willen nicht nach allen Richtungen hin erläutert und gefaßt. Seine Willensbildung genügt nicht, um einen Vertragsabschluß herbeiführen zu können, da sich die Parteien nicht über alle wesentlichen Punkte geeinigt haben (§ 154). Die Ergänzung der Willensbildung ist dem Mittler überlassen. Der Stellvertreter ist es, der im Namen des Vertretenen das Geschäft abschließt, wobei er seine eigenen Willenserklärungen abgibt. Sein Wille ersetzt den Willen seines Vollmachtgebers, er faßt anstelle des Vertretenen den für den Abschluß des Rechtsgeschäfts notwendigen Willensentschluß. Durch seinen Willen kommt das Rechtsgeschäft zustande[4]). Nur dieser

[1]) Endemann, § 30 IV, 2 d.

[2]) RGRK. § 164, II.

[3]) Hellmann S. 4; ebenso Enneccerus, Oertmann, Dernburg, Staudinger zu § 164. RGRK. § 164.

[4]) RGRK. § 164.

Wille ist für das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts juristisch von Bedeutung. Das Bürgerliche Gesetzbuch vertritt also die Repräsentationstheorie. Demgegenüber nimmt, wie wir noch sehen werden, der Bote eine andere Stellung im Rechtsleben ein.

Ein Legaldefinition[1]) für den Boten findet man im Gesetz nicht. Es gebraucht, abgesehen von der Erwähnung des Botenlohnes, im § 16 Ziffer 3 das Wort „Bote“ überhaupt nicht. Nur indirekt ist er im § 120 erwähnt. Der Gesetzgeber spricht hier von einer „zur Uebermittlung verwendeten Person“. In dieser „zur Uebermittlung verwendeten Person“ wird man auch den Boten zu verstehen haben[2]). Was will nun der Gesetzgeber unter Boten verstanden haben? Meint er damit einen Stellvertreter gemäß § 164? Oder haben wir es mit einem Begriff zu tun, der juristisch etwas anderes darstellt als der Stellvertreter?

Die überwiegende Mehrheit von Schriftstellern — nur Schloßmann und Rosenberg[3]) wollen einen Unterschied zwischen Boten und Stellvertreter nicht anerkennen —, ebenso die Rechtsprechung[4]) haben sich nun für das letztere entschieden und dies scheint auch der Standpunkt des Gesetzgebers zu sein. Man kann sich dabei auf die Motive stützen, in denen es zu § 120 heißt: „Selbstverständliche Voraussetzung der Anwendung der Vorschrift ist, daß die Mittelsperson nur Bote, nicht Stellvertreter ist“. Weiter heißt es: „Wirkt jemand bei dem Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts nur insofern mit, als er die Willenserklärung des einen Teils auf dessen Veranlassung dem anderen Teile übermittelt, so ist er Mittelsperson (Bote)“[5]). Diese Angaben dürften freilich allein noch nicht genügen, um damit die Stellung, die der Gesetzgeber bei Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches hatte, zu begründen.

Aus anderen Erwägungen heraus wird man dies jedoch tun können, ein Vergleich des § 120 mit den §§ über die Vertretung zeigt, daß der Gesetzgeber Bote und Stellvertreter als zwei Rechtsbegriffe behandelt wissen will. § 164 spricht davon, daß der Mittler eine von ihm selbst gebildete Willenserklärung für einen anderen abgeben soll, die auf Grund einer erteilten Vertretungsmacht für den Vertretenen wirken soll. § 120 spricht

[1]) Fleck S. 341.
[2]) so auch Staudinger Vorbem. 2 a zu § 164.
[3]) Schloßmann S. 312. Rosenberg S. 229.
[4]) J. W. 05 S. 317 und 356 R. G. Bd. 58, S. 347.
[5]) Motive I S. 203 zu § 120 S. 223.

nicht davon, daß der Mittler eine eigene Willensbildung vornehmen soll, sondern nur von einer „zu übermittelnden“ Willenserklärung[1]). Der Mittler hat hier die Aufgabe eine schon gebildete Aeußerung eines Anderen zu überbringen. Die Gleichstellung mit der Anstalt beweist dies.

Nach § 164 wird der Geschäftsherr nur verpflichtet, wenn der Vertreter innerhalb seiner Vertretungsmacht handelt. Nach § 120 wird jedoch der Auftraggeber verpflichtet, auch in dem Fall, daß der Mittler in seiner Erklärung von der des Auftraggebers abweicht[2]). Daraus kann man ersehen, daß beide, Bote und Stellvertreter, verschiedene Begriffe sein müssen, „da ihr Handeln so ganz verschiedene Rechtswirkungen zu erzeugen vermag“[3]).

Aus diesen verschiedenen Rechtswirkungen ergibt sich auch die Unhaltbarkeit der Lehre Schloßmann's, der seine Ansicht so begründen will, daß ein unter Mitwirkung eines Vertreters geschlossenes Rechtsgeschäft dieselben Wirkungen habe, wie das durch Vermittlung eines Boten zustande gekommene Geschäft.

Rosenberg sucht seinen Standpunkt folgendermaßen zu begründen. „Das Wesen der Vertretung bestehe darin, daß der Vertreter den Tatbestand des Rechtsgeschäfts oder einen Teil desselben setze. Zum Tatbestand des Rechtsgeschäfts gehöre unzweifelhaft auch die Erklärung des Willens gegenüber dem anderen Teil. Diesen Teil des Tatbestandes setze nur der Bote, indem er die Erklärung des Vertretenen für diesen dem anderen Teil übertrage“[4]).

Demgegenüber wird man mit Recht sagen können, wie es auch Planck tut, daß es doch ein Unterschied ist, ob man selbst die Erklärung abgibt oder nur die Erklärung eines Dritten äußert. Im ersten Fall will man selbst den in der Erklärung enthaltenen Willen, im zweiten dagegen verhält man sich dem Inhalt gegenüber ganz gleichgültig. Wollte man trotz dieser Verschiedenheit beide Fälle gleich behandeln, dann müßten besondere Gründe vorliegen. Dieser könne aber nicht, wie Rosenberg es sagt, darin gefunden werden, „daß der Auftrag, eine bestimmte Erklärung mitzuteilen, und die spezielle Vollmacht zu einem dem Inhalte der Erklärung entsprechenden Rechtsgeschäfte praktisch häufig zu gleichen Ergebnissen führen“[5]). Einmal kann man nicht von einem Spezialfall ausgehend sagen, es gäbe keinen Unterschied von

[1]) J. W. 1924, S. 660.

[2]) Enneccerus I, 1 § 166.

[3]) Eichner S. 17; R. G. R. K. § 164, 1.

[4]) Rosenberg S. 292, siehe auch Planck § 164.

[5]) Planck § 164 4 a.

Stellvertreter und Bote, zum anderen ist auch der Stellvertreter mit Spezialvollmacht juristisch allein derjenige, dessen Willenserklärungen maßgebend sind.

Auch durch einen Vergleich der §§ 166 und 120 kommen wir zu derselben Lösung. Nach § 166 I ist ein Anfechtungsrecht nur gegeben, wenn Willensmängel in der Person des Vertreters vorliegen. Nach § 120 genügt allein die unrichtige Uebermittlung für ein Anfechtungsrecht. Es ist hierbei gleichgültig, durch welche Umstände, ob durch Willensmängel des Boten oder andere Tatsachen, die Unrichtigkeit herbeigeführt wurde. Maßgebend ist hier nur der Auftraggeber, der die Willenserklärung gebildet hat. Nach dem Wortlaut des § 120 kann der Geschäftsherr die vom Mittler falsch überbrachte Willenserklärung genau so anfechten wie eine eigene Willenserklärung, über deren Inhalt er im Irrtum war, oder die er dieses Inhalts überhaupt nicht hat abgeben wollen (§ 119)[1]). Dieser Unterschied läßt sich auch wieder nur dadurch erklären, daß der Stellvertreter eine eigene Willenserklärung vornimmt und demgemäß für diese Willenserklärung auch nur die in der Person des Vertreters vorhandenen Willensmängel in Betracht kommen können, während der Bote nur eine vom Geschäftsherrn gefaßte Erklärung zu übermitteln hat und deshalb auch nur die in der Person des Geschäftsherrn vorhandenen Mängel diese Erklärung beeinflussen können. Demgemäß ist auch die Frage der Anfechtbarkeit einer „durch den Vertreter abgegebenen Willenserklärung im § 166 anders geregelt als im § 120“[2]).

Diese Bedenken, die doch notwendigerweise zu einer Verschiedenheit der §§ 120 und 166 führen müssen, sucht Rosenberg[3]) dadurch zu zerstreuen, daß er die im § 166 gegebenen Vorschriften zu dem allgemeinen Rechtssatze erweitert, daß nicht „nur die Person des Vertreters oder des Vertretenen maßgebend ist, sondern daß Wissen und Willen bald des einen, bald des anderen, bald beider zu beachten sind,“ je nachdem der eine oder der andere oder beide für den Geschäftsinhalt maßgebend sind oder sein sollten. Dies kann aber nicht der Gesetzgeber als Prinzip für § 166 aufgestellt haben, er sieht vielmehr im § 166 I das maßgebende Prinzip, daß nur die Person des Vertreters, ausnahmsweise jedoch der Wille des Vertretenen in Betracht kommt, nämlich dann, wenn die Voraussetzungen des Abs. 2 von § 166 vorliegen. Dies erkennt man nicht nur aus der scharfen und klaren Fassung

---

[1]) R. G. R. K. § 120, 1. 2. Abschn.

[2]) R. G. R. K. § 120 1.

[3]) Rosenberg S. 234.

des § 166 I, sondern auch aus der ganzen Art und Weise, in welcher das Bürgerliche Gesetzbuch die Vertretung behandelt[1]).

Aus dem Gesagten geht hervor, daß auch der Gesetzgeber zwischen Boten und Stellvertreter unterschieden haben wissen will. Er versteht unter dem Begriff „Boten" folgendes: Der Bote hat nur eine schon gebildete[2]) Willenserklärung zu übermitteln. Der Bote erklärt nicht seinen eigenen Willen, sondern einen fremden. Die Erklärung, die er zu überbringen hat, darf durch seinen Willen nicht beeinflußt werden; dazu muß die Willenserklärung so beschaffen sein, daß dem Boten nicht das geringste übrig bleibt, etwas selbständig willensbildend hinzuzufügen. Der Bote ist bei Uebermittlung der Erklärung ein rein mechanisches Werkzeug, sein Wille ist deshalb juristisch irrelevant.

Staudinger nennt den Boten Erklärungswerkzeug[3]). Er ist ein Erklärungsmittel wie ein Brief. Wie der Brief, so erspart auch der Bote dem Absender den Weg.

Der Unterschied zwischen Boteneigenschaft und Stellvertretung liegt demgemäß darin, daß der Stellvertreter den Vertretenen in dessen Willen vertritt, er nach außen selbständig handelnd auftritt, und sein Wille allein das Geschäft zustande bringt, während der Bote als ein rein mechanisches Instrument nur den vom Geschäftsherrn selbst gebildeten Willen übermittelt, seinen Geschäftsherrn lediglich bei Abgabe der Erklärung vertritt[4]).

2. Das Handeln des Stellvertreters.

Der Veräußerer will einem anderen eine unentgeltliche Zuwendung machen; damit der andere die Zuwendung zu Eigentum erhält, müssen Einigung und Uebergabe erkennbar da sein. Kann sich nun der Veräußerer eines Dritten als Stellvertreters bedienen, kann er durch dessen Hilfe Eigentum auf den Erwerber übertragen? Wie wir gesehen haben, würde der Dritte den Eigentumsübertragungsakt in der Weise vornehmen, daß die Wirkung sich unmittelbar in der Person des Veräußerers äußert, und die Eigentumsübertragung somit ihrer gesamten Wirkung nach, wiewohl sie nicht von dem Veräußerer vorgenommen, doch als die seinige gelten soll.

Die Möglichkeit einer Vertretung wird davon abhängen, ob es möglich ist, Uebergabe und Einigung in der Person eines

---

1) siehe auch Planck § 166, 6; Staudinger § 166, 1.

2) R. G. R. K. § 120; Oertmann § 164, 7.

3) Staudinger § 164, 2a Vorbem.

4) R. G. R. K. § 164; R. G. Bd. 58, S. 347.

Vertreters „mit Wirkung für den Vertretenen"[1]) herbeizuführen. Die Frage der Vertretung muß in zwei Abschnitte zerlegt werden, da zwei Momente „Einigung und Uebergabe" erfüllt sein müssen, damit Eigentum übertragen werden kann.

Ist nun eine Vertretung bei der Einigung statthaft? In der Literatur ist bestritten, welche rechtliche Natur der Einigung zukommt. Hier braucht auf diese Streitfrage nicht eingegangen zu werden. Denn beide Ansichten stimmen darin überein, daß sich die Einigung aus zwei Willenserklärungen zusammensetzt. Beide Parteien sollen übereinstimmende Erklärungen dahin abgeben, daß das Eigentum übergehen soll. Der Wille beider Kontrahenten ist mithin auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet. Da nun die Einigung aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen besteht, finden auch die Grundsätze über die Vertretung unbeschränkt Anwendung, sagt doch der Gesetzgeber, daß man sich bei Abgabe von Willenserklärungen vertreten lassen kann.

Wir kommen nun zur Beantwortung der zweiten Frage, ob der Veräußerer die Uebergabe durch seinen Stellvertreter vornehmen lassen kann. Unter Uebergabe versteht nun das Gesetz die „Einräumung der tatsächlichen Gewalt über die Sache", also einen „Realakt".

Diesen Realakt braucht der Veräußerer nicht selbständig vorzunehmen, er kann ihn durch einen Dritten ausführen lassen. Dieser kann dem Erwerber die Sache übergeben und ihn so in die Lage versetzen, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Das Bürgerliche Gesetzbuch geht vom Traditionsprinzip aus. Hat der Erwerber durch den Dritten die tatsächliche Gewalt erhalten, dann hat sich die Uebergabe vollzogen. Durch wen der Erwerber die tatsächliche Gewalt über die Sache erworben hat, ob durch den Veräußerer selbst oder den von ihm bestimmten Dritten, ist gleichgültig. Denn gemäß des herrschenden Traditionsprinzips kommt es dem Gesetzgeber darauf an, daß der Veräußerer keinen Besitz mehr hat, er muß den Besitz aufgegeben haben. Es kommt dem Gesetzgeber weniger darauf an, daß der Erwerber Besitzer wird, als vielmehr, daß der Veräußerer nicht mehr im Besitz der Sache bleibt. Dies geht klar aus § 934 hervor. Hat nun der Erwerber den Besitz, die tatsächliche Herrschaft erlangt — erlangt hat er sie, wenn der Dritte dem Bedachten die Zuwendung übergibt —, dann ist die Publizitätsstellung vernichtet, die Uebergabe hat stattgefunden.

---

[1]) Staudinger § 164, 3.

Nach dem Thema der Arbeit soll der Dritte als Vertreter des Zuwendenden dem Bedachten eine unentgeltliche Zuwendung auf den Todesfall übertragen.

Der Zuwendende muß in diesem Falle dem Dritten zu seinen Lebzeiten den Auftrag erteilt haben, dem Bedachten eine unentgeltliche Zuwendung zu überbringen. Der Dritte hat zu diesem Zweck das Zuwendungsobjekt erhalten. — Man muß dies annehmen, da die Verfügung über Mobilien durch Uebergabe der Sache erfolgt; Vollmacht und Bewilligung für den Dritten ist daher nur dann benutzbar, wenn er zugleich den Besitz der Sache von dem Vertretenen erhält oder die Mobilie bereits besitzt.

Der Auftrag soll aber nicht erst mit dem Tod des Zuwendenden wirksam werden, sondern vielmehr sofort gültig sein. Wir haben es deshalb hier nicht mit einem mandatum post mortem zu tun, da der Auftrag schon entstanden ist. Ehe es nun dem Stellvertreter möglich ist, dem Bedachten die unentgeltliche Zuwendung zu übergeben, stirbt der Zuwendende; die Zuwendung kann daher erst nach dem Tod übergeben werden. Auch diese Zuwendung werden wir für eine Zuwendung auf den Todesfall ansehen können. Die insofern erforderliche Bedingung, daß der Bedachte den Zuwendenden überlebt, darf hier als selbstverständlich gemeint vorausgesetzt werden[1]). Der Zuwendende will dem Bedachten eine unentgeltliche Zuwendung aus seinem Vermögen machen. Man kann deswegen unterstellen, daß nach dem Willen des Zuwendenden der Bedachte spätestens unmittelbar mit dem Tode das Zuwendungsobjekt erhalten soll. Das Vermögensstück soll demnach nicht in den Nachlaß fallen, sondern von diesem ausgesondert werden.

Soll nun das Eigentum auch nach dem Tode des Zuwendenden auf den Bedachten übergegangen sein, dann haben wir uns zu fragen, ob diese schon entstandene Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers wirken kann, ob die Abwicklung eines bereits bei Lebzeiten des Vollmachtgebers auszuführenden Grundverhältnisses durch den vorzeitigen Tod des Vollmachtgebers nicht unterbrochen wird?[2]) Dies ist erforderlich, um annehmen zu können, daß Eigentum auch nach dem Tode des Schenkers auf den Beschenkten übergegangen ist.

Auf den ersten Blick scheint es so, als müßte die Vollmacht notwendig erlöschen, wenn der Vollmachtgeber gestorben ist. Einen Toten kann man begrifflich nicht mehr vertreten. Wir werden aber annehmen können, daß die Vollmacht nicht durch den Tod des

[1]) R. G. Bd. 83, S. 223.

[2]) Heldrich, S. 325.

Vollmachtgebers erloschen ist[1]). Nach § 168 bestimmt sich das Erlöschen der Vollmacht nach dem ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsgeschäfte. Das zugrundeliegende Rechtsgeschäft ist in unserem Fall ein Auftrag. Der Auftrag aber erlischt im Zweifel nicht durch den Tod des Auftraggebers (§ 672). Nach dem Willen des Zuwendenden soll der Auftrag seinen Tod überdauern. Er will dem Beschenkten eine unentgeltliche Zuwendung machen. Demgemäß ist auch die Vollmacht nicht erloschen.

Nach Hupka und Hölder[1]) endet die Vollmacht begriffsmäßig durch den Tod des Gebers. Hupka läßt das Weiterbestehen einer Vollmacht von dem Parteiwillen abhängen. Er erkennt an, daß der Bevollmächtigte auch noch nach dem Tode des Vollmachtgebers „auf Grund einer ausdrücklichen oder stillschweigenden clausula heredum" soll handeln können. Dies wird doch aber meistens vorhanden sein, und so auch hier. Hupka nimmt also das Erlöschen nur auf Grund eines zu unterstellenden Parteiwillens an, nicht kraft Rechtsnotwendigkeit. Nach Hölder erlischt eine Vollmacht grundsätzlich aus dem Grunde, weil eine Vollmacht erlösche, wenn der Vollmachtgeber diese nicht mehr gelten lassen wolle, also ein Widerruf erkläre. Gewollt sei sie auch dann nicht mehr, wenn der Vollmachtgeber gestorben, da dann das Willenssubjekt nicht mehr existiere. Dem kann man entgegenhalten, daß der Gesetzgeber auch unwiderrufliche Vollmachten kennt[2]), wird insbesondere auch vom Reichsgericht Band 52, Seite 99 als möglich anerkannt. Hupka versucht damit, zwei Dinge in Einklang zu bringen, die jedoch sehr verschieden sind. Den rein negativen Zustand des Nichtmehrwollens, wie er freilich als Folge des Ablebens notwendig eintritt, und den positiven Akt des Nichtwollens, wie er sich im Widerruf der Vollmacht äußert. Daraus, „daß durch ein Widerrufen der Vollmacht diese nicht mehr wirksam ist, kann man doch nicht auf eine entsprechend zerstörliche Wirkung jenes rein negativen Zustandes des Nichtwollens, des nicht mehr wollen Könnens schließen"[3]).

Die Vollmacht wirkt nun über den Tod hinaus. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß der Zuwendende von dem Dritten über seinen Tod hinaus vertreten wird. Die Vertretung eines Toten ist begrifflich nicht möglich. Vertreten wird jetzt nicht mehr der Zuwendende, sondern vertreten werden dessen Erben, die durch

[1]) von Tuhr, I, 3 S. 401.

[1]) Hupka Vollmacht S. 382; Hölder § 168, 1 b c.

[2]) von Tuhr Festschrift S. 45, anders Schloßmann, Stellvertretung II, S. 598, dieser dürfte aber mit seiner Ansicht allein stehen.

[3]) Oertmann, S. 8, 4. Abschn.

Erbgang in dessen Rechtsstellung eingerückt sind. Der Vertreter handelt jetzt mit Wirkung für den Erben[1]). Dagegen erheben sich natürlich starke Bedenken. Der Bevollmächtigte würde dann Rechtsgeschäfte vornehmen können für und gegen Personen, die ihm keinerlei Vertretungsmacht erteilt haben, die in den meisten Fällen sogar von seiner Existenz überhaupt nichts wissen. Können nun die Erben verhindern, daß der Vertreter die unentgeltliche Zuwendung dem Beschenkten übereignet?

Wenn die Erben es rechtzeitig erfahren, können sie dies unmöglich machen, durch einen Widerruf der Vollmacht. Ein Widerruf ist natürlich nur statthaft, wenn dieses Recht auch ihrem Erblasser, dem Zuwendenden, zustand.

Wann ist ein Widerruf unzulässig? Die Vollmacht wird nicht etwa durch den Tod des Erblassers den Erben gegenüber zu einer unwiderruflichen, dies würde eine unverhältnismäßige Steigerung bedeuten und auch § 168 nicht gerecht werden[2]).

Die Unwiderruflichkeit kann sich nur aus dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft ergeben. Unwiderruflich ist die Vollmacht dann, wenn sie im Interesse des Bevollmächtigenden, sei es im Gegensatz zu dem der Erben, sei es selbständig gegenüber deren Interesse oder eines Dritten erteilt wird[3]). Ist nun die Vollmacht unwiderruflich, wenn sie nachweislich dem Interesse dritter Personen dienen soll?

Als unwiderruflich kann diese Vollmacht wohl bestellt werden, aber im Zweifel wird man nicht so entscheiden. Es wird immer eines besonderen Beweises bedürfen, daß sie unwiderruflich hat erteilt sein sollen[3]). Auch der Auftrag kann bekanntlich dem Interesse Dritter zu dienen berufen sein und ist doch im Zweifel widerruflich, folglich auch zugleich die mit ihr verbundene Vollmacht. Daraus kann man folgern, daß die Vollmacht nicht schon deswegen unwiderruflich ist, weil sie das Interesse eines Dritten verfolgt.

Anders wird man entscheiden müssen, wenn die Vollmacht im besonderen Interesse des Bevollmächtigenden liegt, das nicht mit dem seiner Erben zusammenfällt. Hier will der Bevollmächtigende einem Anderen eine Zuwendung zukommen lassen. Es ist sein Wunsch, den Anderen noch irgendwie zu bereichern. Dies wird nie in ihrem Interesse liegen, wenn ein Anderer noch etwas aus dem Vermögen des Erblassers erhält, was sie sonst

[1]) Oertmann, S. 8, 2. Kipp, Erbrecht, S. 84, von Tuhr 1, III, S. 401.

[2]) siehe vorige Seite Fußnote [3]).

[3]) siehe auch Staudinger § 51, Oertmann § 168 3 c, Seuff. Bd. 48, S. 286 ff.

erben würden, wenn nicht eine dementsprechende Vollmacht erteilt wäre. Wenn auch der tote Erblasser kein wahrer Interessenvertreter mehr ist, so kann man doch sicherlich nicht sagen, daß das mit derartigen Vollmachten verfolgte Interesse ein Sonderinteresse der Erben ist. Man wird vielmehr sagen können, daß es, rein ökonomisch betrachtet, im Gegensatz zu dem Interesse der Erben steht. Die Unwiderruflichkeit könnte nur ausgeschlossen werden, wenn die Vollmacht zum alleinigen Vorteil des Vertretenen (hier der Erben) erteilt worden wäre. In unserem Fall soll gerade die Vollmacht von dem Willen der Erben unabhängig sein, deswegen muß sie auch vom Tod des ersten Erteilers ab als unwiderruflich gelten. Freilich wird man auch hier eine Grenze ziehen müssen; die Vollmacht muß nämlich dann widerrufen werden können, wenn dafür ein besonders wichtiger Grund vorliegt. Diesen wichtigen Grund wird man insbesondere darin sehen müssen, wenn diese Handlung einen Eingriff in das eigene Vermögen der Erben oder der sonstigen Angehörigen darstellen würde, wenn durch die Vollmacht nicht nur Teile der ihnen durch den Vollmachtgeber zufallenden Erbschaft, sondern darüber hinaus andere Vermögensstücke ergriffen werden würden[1]).

In unserem Fall kann davon keine Rede sein. Der Vollmachtgeber will einem anderen eine unentgeltliche Zuwendung machen, die zu seinem Vermögen gehört. Man wird demgemäß die Vollmacht für eine unwiderrufliche halten können. Die Vollmacht kann deshalb durch Widerruf nicht erlöschen.

Auf Grund einer Vollmacht kann der Vertreter die Zuwendung dem Beschenkten übereignen, da eine Uebereignung durch den Bevollmächtigten einer solchen des Eigentümers gleichsteht. Liegt nun in unserem Fall eine rechtswirksame Uebereignung vor, da die unentgeltliche Zuwendung erst nach dem Tode des Vollmachtgebers dem Beschenkten gegeben wurde. Dazu müssen wir wieder folgende Erwägungen anstellen. Eine Vollmacht dahingehend, Eigentum zu übertragen, kann für den Vertreter nur dann von Bedeutung sein, wenn er zugleich den Besitz der zu übereignenden Sache erhalten hat. Diese Sache hat er von seinem Vollmachtgeber übergeben erhalten mit der Weisung, sie dem Beschenkten zu übereignen. Der Vertreter ist also unmittelbarer Besitzer, der Vertretene mittelbarer Besitzer. Mittelbarer Besitzer bleibt er, auch wenn die Vollmacht eine unwiderrufliche ist. Der unmittelbare Besitz ermöglicht es nun dem Vertreter, die Zuwendung dem Beschenkten zu übereignen. Ein anders gerichteter Wille — man wird annehmen können, daß die Erben nicht den

[1]) ähnlich Oertmann B. A. S. 9.

Willen haben werden, die Zuwendung dem Beschenkten zu Eigentum zu übertragen, diese sind mit dem Tode des Vollmachtgebers mittelbare Besitzer — kommt hierbei nicht in Betracht. Der Widerspruch der Erben ist nicht imstande, die unwiderrufliche Vollmacht wirkungslos zu machen[1]), der Beschenkte wird trotz eines entgegenstehenden Willens der Erben Eigentümer der Zuwendung.

3. Das Handeln des Boten.

Handelt der Dritte als Mittelsperson des Veräußerers nicht als Vertreter, sondern nur als Bote, dann hat er dem Bedachten das Zuwendungsobjekt lediglich mit der Erklärung zu überbringen, sein Geschäftsherr schenke ihm, dem Bedachten, den Gegenstand. Die Erklärung ist in diesem Fall vom Geschäftsherrn genau gefaßt. Der Dritte vertritt dann den Zuwendenden lediglich bei der Abgabe der Erklärung, eine rechtliche Ergänzung oder Beeinflussung durch seinen Willen bleibt für ihn nicht mehr übrig. Daß der Bote dabei nicht genau dieselben Worte brauchen muß, ist wohl nicht zu erörtern. Denn für jede Erklärung ist ja nicht der Wortlaut, sondern der durch die Worte bestimmte Inhalt maßgebend[2]). Der Dritte handelt hier nicht anders, als wenn er dem Erwerber gleichzeitig mit der Zuwendung einen Brief des Zuwendenden überbringt, in dem dieser dem Erwerber mitteilt, er übertrage ihm den betreffenden Gegenstand zu Eigentum.

Wenn nun der Bote dem Bedachten die Erklärung seines Geschäftsherrn zusammen mit dem Zuwendungsobjekt erst nach dem Tode des Zuwendenden überbringt, ist dann Eigentum auf den Bedachten übergegangen? Sind Einigung und Uebergabe gültig zustande gekommen?

Da die Einigung den dinglichen Vertrag ausmacht, verlangt sie, wie jeder Vertrag, einen Antrag (Offerte) und die Annahme des Antrags. Die Erklärung des Veräußerers, eine bewegliche Sache dem Erwerber übereignen zu wollen, ist das Angebot zur Schließung des dinglichen Vertrages. Die Uebermittlung dieser Offerte hat der Dritte, der Bote des Antragenden ist, übernommen. Der Bote hat nun die Offerte erst nach dem Tod des Geschäftsherrn übermittelt.

Es wird sich jetzt also darum handeln, ob das Angebot noch rechtlich wirksam werden und weiter, ob dieses Angebot noch wirksam angenommen werden kann. Wie § 130 sagt, ist es auf die Wirksamkeit der Willenserklärung „ohne Einfluß, wenn der Er-

[1]) siehe auch von Tuhr a. a. O. S. 67.

[2]) ähnl. Staudinger, Vorb. 3, zu § 164.

klärende nach der Abgabe stirbt". Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 130 II ist, daß die Willenserklärung einem Abwesenden gegenüber anzutragen ist, und zweitens, daß eine Willenserklärung bereits abgegeben ist. Findet nun § 130 auf mündliche, durch einen Boten übermittelte Willenserklärungen Anwendung?

Diese Frage gehört mit zu den umstrittensten im Bürgerlichen Recht. Von vielen Schriftstellern wird die Anwendbarkeit des § 130 auf diese Art von übermittelten Erklärungen verneint. Es herrscht insbesondere darüber großer Streit, welcher Natur mündliche von Boten übermittelte Erklärungen sind, ob sie unter Erklärungen unter Abwesenden fallen oder unter die von Anwesenden.

Die Schriftsteller[1]), die diese Art von übermittelten Erklärungen für Erklärungen unter Anwesenden halten, stellen es bei der Unterscheidung von Erklärungen unter Abwesenden im Gegensatz zu den unter Anwesenden darauf ab, ob das gewählte Erklärungsmittel dem Adressaten dauernd oder nur vorübergehend eine Wahrnehmung ermöglicht. „Sie unterscheiden zwischen verkörperten und nicht verkörperten Willenserklärungen"[2]). Nur die verkörperten Willenserklärungen seien Erklärungen unter Abwesenden, die nicht verkörperten dagegen solche unter Anwesenden. Wenn der Bote die Erklärung mündlich überbringt, dann ist dies keine verkörperte Willenserklärung, da sie ja „von Mund zu Mund vernommen wird"[3]). Es soll demnach eine Erklärung unter Anwesenden vorliegen.

Dieser Ansicht wird man nicht zustimmen können. In der räumlichen Entfernung dürfte freilich das entscheidende Merkmal zwischen den beiden Willenserklärungen nicht liegen[4]). Man wird bei einer Unterscheidung von Erklärungen unter Abwesenden und unter Anwesenden es vielmehr darauf abstellen müssen, daß Erklärender und Adressat sich unmittelbar verständigen können[5]). Von „anwesend" im Sinne des Gesetzgebers kann man nur dann sprechen, wenn die eine Partei in der Lage ist, ihre Erklärung zur sofortigen, d. h. ohne zeitraubende Zwischenglieder erfolgenden Kenntnis der anderen Partei zu bringen[6]). „Ohne zeitraubende

[1]) Oertmann, Allg. Teil zu § 130 Recht Bd. 19, S. 721 ff. Planck § 140, 4, Düringer-Hachenburg HGB. 2. Bd. S. 48; Goldmann-Lilienthal I S. 173.

[2]) Fleck, S. 410.

[3]) Oertmann, Allg. Teil zu § 130.

[4]) Allg. Ansicht.

[5]) Crome, Allg. Teil § 88, Rehbein § 145, 1 c. Breit, Sächs. Arch. Seite 650.

[6]) so auch Endemann Bd. 1 § 67 Anm. 5.

Zwischenglieder" bildet also das wesentliche Moment für die Unterscheidung zwischen abwesend und anwesend. Bedient man sich also eines Erklärungsmittels, dann ist die abzugebende Erklärung eine unter Abwesenden. Deswegen kann auch ein mittels Fernsprecher geführtes Gespräch zwischen zwei Personen als eine Erklärung unter Anwesenden angesehen werden, wenn nur die beiden Vertragsparteien sich persönlich Frage und Antwort geben können. Daß dies auch in der Absicht des Gesetzgebers gelegen hat, erkennt man am besten daran, daß er den mittels Fernsprecher von Person zu Person gemachten Antrag dem einem Anwesenden gemachten Antrag unterstellt. (§ 147).[1]) Aehnlich sagt auch Hölder, „in Abwesenheit des Empfängers ist eine Erklärung abgegeben, wenn sie nach dem Willen ihres Urhebers zur Kenntnis ihres Empfängers gelangen soll durch einen ihrer Abgabe nachfolgenden Vorgang"[2]). Auch in unserem Fall ist der Bote, der die Willenserklärung mündlich überbringt, „das Zwischenglied", da er ebenso Erklärungsmittel ist wie ein Brief, dessen sich der Absender bedient. Es ist hier kein Erklärung von Person zu Person. Die Erklärung durch Mittelspersonen, besonders des Boten, bedeutet nur eine Erklärung unter Abwesenden[3]).

Die mündlich durch Boten übermittelte Erklärung ist deshalb eine Erklärung unter Abwesenden. Auch Koppers[4]) gibt uns darin recht, er sagt: „Wenn der Erklärende einem Boten den Auftrag gibt, eine mündliche Erklärung zu bestellen, und der Bote die Botschaft ausrichtet, dann liegt eine mündliche Erklärung unter Abwesenden vor. § 130, insbesondere Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 desselben, finden Anwendung."

Das zweite Erfordernis für die Anwendbarkeit des § 130 II ist eine bereits abgegebene Willenserklärung. Wann ist eine Erklärung, die ein Bote mündlich ausrichten soll, abgegeben? Die eine Meinung sagt: „Der Bote überbringt nicht die fertige Erklärung, sondern bewirkt erst ihre Vollendung. Der Herr gibt durch den Boten im Augenblick der Ausrichtung der Botschaft seitens des Boten an den Adressaten die Erklärung ab"[5]).

---

[1]) Frankenburger 1904, S. 844 ff. Rosenthal § 147.

[2]) Hölder, § 130.

[3]) Kaufmann III, 1 Seite 116, Kohler Arch. Bürgerl. Recht Bd. 1, S. 283.

[4]) Koppers Gruch. Bd. 46, S. 230. ROHG. in Seuff. Arch. Bd. 32, S. 208 Nr. 165 Eck, Leonhard Bd. 1, S. 165, Crome § 88, S. 392, Staub Anm. 4 I a. Anh. zu § 361.

[5]) Oertmann Recht S. 727, Anm. 4. Falkmann S. 29, ähnl. Fleck S. 411.

Danach ist bei mündlich durch Boten übermittelten Erklärungen die Willenserklärung erst im Moment des Zugehens abgegeben. Mit Recht wendet dagegen Breit ein[1]): Sobald die mündlich zu übermittelnde Erklärung dem Boten ausgehändigt ist, ist die Erklärung im Sinne des § 130 II abgegeben, somit dem Einfluß eines vor der Entgegennahme durch den Adressaten eintretenden Todes oder Verlustes der Geschäftsfähigkeit entzogen.

Dies nur kann der Gesetzgeber im Sinne gehabt haben, anderenfalls wäre § 130 II unverständlich. Würde die Willenserklärung erst mit der Wirksamkeit existent werden, dann würde ja vom Eintritt des Todes an die erste Voraussetzung[2]) fehlen, die zum Vollzug einer Willenserklärung gefordert werden muß, nämlich die Person des Erklärenden.

Die Abgabe ist immer dann vollendet, sobald der Urheber die Willensäußerung dem Boten anvertraut und ihn mit ihr abgesandt hat. Die Abgabe ist vollendet[3]), denn der Erklärende hat damit alles getan, was seinerseits ordnungsgemäß erforderlich war, damit die Erklärung dem Erklärungsempfänger zugehen kann. In diesem Zeitpunkt verläßt die Erklärung das Gebiet des Urhebers und tritt in das Stadium der Uebermittlung. Es ist jetzt genau so, als wenn ein Brief abgesandt wird. Hier übermittelt die Post die abgegebene Erklärung. In dem anderen Falle ist es der Bote, der eine vollendet abgegebene Willenserklärung weiterleitet. Auch Oertmann[4]) vertritt für verkörperte Erklärungen, wie den Brief, diese Ansicht. Es besteht aber kein Grund, dies nicht auch für eine vom Boten vermittelte mündliche Erklärung gelten zu lassen, zumal wir die Erklärung als nichts anderes als ein Brief, als „ein Zwischenglied" ansehen.

Da § 130 II auf unseren Fall Anwendung finden kann, ist das Einigungsangebot des Zuwendenden wirksam geworden. Sein Tod ist auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ohne Einfluß, d. h. „die Erklärung wird mit dem Zugehen wirksam und wirkt auch dem Rechtsnachfolger des Toten, also den Erben gegenüber[5]). Das Angebot muß aber nicht nur zugegangen und damit

---

[1]) Breit S. 694 und 662.

[2]) Dernburg II, 1 § 132.

[3]) Hölder Komm. § 130 Erl. 3, S. 292.

[4]) Oertmann im Recht S. 724.

[5]) Staudinger § 130 Ziff. 9.

wirksam geworden sein, es muß auch noch wirksam angenommen werden können.

Kann nun das Einigungsangebot des Geschäftsherrn von dem Bedachten noch angenommen werden, nachdem der Geschäftsherr schon gestorben ist? Diese Frage bejaht § 153, danach wird das Zustandekommen des Angebots nicht dadurch gehindert, „daß der Antragende vor der Annahme stirbt oder geschäftsunfähig wird, es sei denn, daß ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist.“

Ein abweichender Wille des Zuwendenden ist in unserem Fall nicht anzunehmen, es ist eher das Gegenteil zu fordern.

Zwischen Veräußerer und Erwerber ist also eine Einigung zustande gekommen. Man wird diese Einigung nicht aus dem Grunde verneinen können, daß der Beschenkte die Annahme nicht erklärt hat. Nach § 151 ist dies nicht notwendig, wenn eine solche Erklärung „nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Nimmt der Beschenkte die Zuwendung an, dann zeigt er durch diese konkludente Handlung, daß er die Zuwendung annehmen will. Dies genügt nach § 151[1]). Außerdem wird es in diesen Fällen meist fraglich sein, ob der Geschäftsherr eine bestimmte Annahmeerklärung erwartet. Man wird viel eher daran denken können, daß dieser auf eine solche Annahmeerklärung stillschweigend verzichtet hat.

Man könnte nun sagen, eine Einigung zwischen Schenker und Beschenkten ist zustande gekommen. Die Zuwendung ist dem Beschenkten durch den Boten übergeben worden, er hat den unmittelbaren Besitz erlangt; es steht also nichts im Wege, daraus die Folgerung zu ziehen, der Beschenkte ist Eigentümer der Zuwendung geworden.

Dem wird man aber entgegenhalten müssen, daß die Erben Eigentümer der Zuwendung durch Erbfall geworden sind. Im Zeitpunkt des Todes war die Zuwendung noch nicht dem Beschenkten übergeben worden, der Bote war zu dieser Zeit infolge seines Auftrages gemäß § 868 unmittelbarer Besitzer, der Zuwendende mittelbarer Besitzer. Durch den Tod ist der Bote unmittelbarer Besitzer geblieben. Mittelbarer Besitzer sind jedoch jetzt die Erben des Zuwendenden, da diese gemäß § 857 in die Besitzrechtsstellung des Erblassers einrücken. Der Bote ist also jetzt nicht mehr Unterbesitzer des Schenkers, sondern Unterbesitzer der Erben. Kann nun dieses Uebereignungsgeschäft, das zu Lebzeiten des Schenkers begonnen, aber erst nach seinem Tode voll-

[1]) Oertmann § 151, 2c. Staudinger § 151,3

endet wurde, auch den Erben gegenüber wirken? Kann man hier auch eine für die Erben wirksame Uebergabe finden?

Wohl hat eine Uebergabe an den Bedachten stattgefunden. Ist diese aber eine Uebergabe, wie sie der Gesetzgeber im § 929 verlangt? Die Uebergabe ist hier die Verschaffung unmittelbaren Besitzes, „ein Realakt". § 130 II spricht nur von Willenserklärungen, auf die der Tod ohne Einfluß ist, nicht aber von Realakten; er ist deshalb auf die Uebergabe nicht anwendbar. § 130 hat mithin nur Bedeutung hinsichtlich der Einigung[1]). Der Geschäftsherr muß also die Uebergabe tatsächlich vorgenommen haben[1]). Liegt diese vor?

Der Geschäftsherr hat nun dem Boten die Zuwendung übergeben, dieser sollte sie an den Beschenkten weitergeben. Nach § 929 ist erforderlich, daß die Uebergabe an den Erwerber erfolgt, hier also von dem Schenker an den Beschenkten. Die Zuwendung wird nur dem Boten gegeben. Es fragt sich nun, ob die Uebergabe von dem Geschäftsherrn an den Boten schon die Uebergabe an den Beschenkten bedeutet. Dies wird man verneinen müssen. Wenn die Zuwendung dem Boten gegeben ist, ist sie noch nicht dem Erwerber gegeben[2]). Uebergabe bedeutet, wie schon öfter erwähnt, stets Uebertragung des Besitzes. Da der Bote in unserem Fall Besitzmittler ist, bleibt der Veräußerer durch eine Uebergabe einer beweglichen Sache an diesen noch Besitzer. Dem Bedachten ist kein Besitz verschafft worden; eine Uebergabe an ihn ist noch nicht erfolgt.

§ 929 erfordert weiterhin, daß der Eigentümer die Sache übergibt; es kann dies natürlich auch durch einen Boten geschehen. Im Zeitpunkt der Uebergabe lebt der Geschäftsherr nicht mehr. Eine Uebergabe der Zuwendung an den Beschenkten hat noch nicht stattgefunden, vielmehr nur eine an den Boten. In diesem Zeitpunkt der Uebergabe an den Boten ist der Schenker noch Eigentümer. Bevor der Bedachte durch den Boten den unmittelbaren Besitz erlangt hat, ist er gestorben. In diesem Augenblick konnte er kein Eigentum mehr haben, da ein Toter kein Vermögen hat. Im Moment des Todes ist vielmehr sein Erbe nach den Grundsätzen des Erbrechts Eigentümer geworden, und in seinem Vermögen befindet sich die Zuwendung, als der Bote dem Bedachten diese übergibt. Die Erben als Eigentümer haben aber die Zuwendung nicht übergeben. Der Bote hat, ohne den Eigentümer, nämlich die Erben des Zuwendenden, danach zu fragen, lediglich gemäß der früheren Erklärung des Zuwendenden

---

[1]) R. G. Bd. 83, S. 230.

[2]) Staudinger § 929 III f.

die Zuwendung übergeben. Dieses Handeln des Boten kann aber nicht als Uebergabe seitens des Eigentümers angesehen werden. Der Bote hat nur für den inzwischen verstorbenen Geschäftsherrn übergeben; dieser konnte aber nicht mehr übergeben, da er ja schon tot war.

§ 929 erfordert bei Uebertragung des Eigentums beweglicher Sachen weiterhin, daß der Eigentümer die stattfindende Uebergabe will, und hierbei mit dem Erwerber darüber einig ist, daß das Eigentum übergehen soll.

Wenn der Zuwendende aber im Zeitpunkt der Uebergabe tot ist, dann ist es begrifflich undenkbar, daß er jetzt noch den Willen hat, Eigentum übertragen zu wollen. Ein Toter kann keinen Willen mehr äußern[1]); deshalb hat durch ihn oder was rechtlich diesem gleichbedeutend ist, durch den Boten keine rechtswirksame Einigung stattgefunden[2]). Es genügt eben nicht, daß eine Einigung da war im Zeitpunkt der Uebergabe der Zuwendung an den Boten, sondern der Wille des Veräußerers, Eigentum zu übertragen, muß noch da sein im Zeitpunkt der Hinnahme seitens des Bedachten.

Aus dem Vorhergehenden können wir also den Schluß ziehen: Der Bedachte ist nicht Eigentümer der Zuwendung geworden, da einmal eine gültige Uebergabe fehlt, zum anderen der Uebertragungswille nicht im Zeitpunkt der Hingabe vorhanden ist. Hat nun der Bote die Zuwendung dem Bedachten übertragen, dann können die Erben die Zuwendung gemäß § 985 von dem Bedachten herausverlangen, denn sie verlangen ihr Eigentum, es sei denn, daß sie den Willen hätten, auf den Bedachten Eigentum an der Zuwendung, die vom Erblasser für diesen bestimmt war, übergehen zu lassen.

IV. Der Dritte als Mittelsperson des Bedachten.

In dem letzten Teil der Arbeit soll die Frage geprüft werden, wie eine Eigentumsübertragung der unentgeltlichen Zuwendung auf den Todesfall zwischen Zuwendenden und Bedachten vor sich geht, wenn der Dritte, der bei dem Akt der Eigentumsübertragung mitwirkt, nicht Mittelsperson des ersteren, sondern Mittelsperson des letzeren ist.

Dieser Hauptteil kann nicht wie der zweite Hauptabschnitt so gegliedert werden, daß der Dritte als Mittelsperson des Bedachten einmal als Stellvertreter, das andere Mal als dessen Bote dem Zuwendenden gegenüber auftritt.

---

[1]) Stoever, S. 177.

[2]) ähnl. entscheidet RG. Bd. 83, S. 230.

Es muß hier ein Stellvertretungsverhältnis vorliegen, da der Zuwendende mit dem Dritten ein Rechtsgeschäft dahin abschließen will, für den Bedachten Eigentum zu übertragen. Der Bote selbst kann kein Uebereignungsgeschäft abschließen. Der Bote kann sich mit dem Zuwendenden nicht darüber einigen, daß Eigentum an dem Zuwendungsobjekt übergehen soll, da er ja nur mechanisches Werkzeug ist, und als solcher keinen eigenen Willen bilden kann, der rechtserheblich wäre. Die Einigung verlangt aber zwei übereinstimmende Willenserklärungen. Bedient sich demnach der Zuwendende bei dem Eigentumsübertragungsakt der Hilfe eines Dritten, der als Mittelsperson des Erwerbers gelten soll, dann erreicht er sein erstrebtes Ziel, auf den Bedachten Eigentum übergehen zu lassen, nicht, wenn die Mittelsperson des Bedachten nur Bote ist.

Auch in diesem Abschnitt, in dem der Dritte als Mittelsperson des Bedachten auftritt, soll der Fall wie im zweiten Hauptabschnitt dergestalt liegen, daß der Dritte dem Bedachten das Zuwendungsobjekt nach dem Tode des Zuwendenden überbringt, und daß diese Zuwendung als Zuwendung auf den Todesfall gelten soll.

1. Der Vertreter ohne Vertretungsmacht.

Wenn nun der Dritte Mittelsperson des Erwerbers sein soll, und der Zuwendende mit diesem Dritten die Eigentumsübertragung auf den Bedachten zustande bringen will — er übergibt die Zuwendung dem Dritten, die dieser für den Bedachten in Empfang nimmt —, dann wird meistens der Fall so liegen, daß der Bedachte noch nichts von der unentgeltlichen Zuwendung weiß, die für ihn bestimmt ist, und daß der Zuwendende ohne sein, des Bedachten Wissen, mit dem Dritten kontrahiert, um für ihn Eigentum zu übertragen. Der Bedachte wird also erst von der Zuwendung erfahren, wenn ihm diese der Dritte — nach dem Tode des Zuwendenden — überbringt. Weiß demgemäß der Bedachte vorläufig nichts, dann kann er auch den Dritten nicht bevollmächtigen. Ist nun der Dritte nicht von dem Bedachten bevollmächtigt worden, will er aber trotzdem für diesen handeln, dann tritt der Dritte dem Zuwendenden gegenüber — im Außenverhältnis — auf als Vertreter ohne Vertretungsmacht, während er im Innenverhältnis, d. h. dem Bedachten gegenüber, als Geschäftsführer ohne Auftrag gemäß § 677 handelt.

Kann nun der Dritte als Vertreter ohne Vertretungsmacht für den Bedachten Eigentum erwerben? § 929 verlangt für bewegliche Sachen Einig-sein über den Eigentumsübergang und Uebergabe. Wir müssen uns also auch hier wieder fragen, ob es

möglich ist, Uebergabe und Einigung in der Person eines Vertreters „mit Wirkung für den Vertretenen" herbeizuführen. Da die Einigung sich aus zwei Willenserklärungen zusammensetzt, finden hier die Grundsätze über die Vertretung Anwendung, es ist dies hier ebenso wie in dem Fall, in dem der Dritte für den Zuwendenden als Vertreter handelt.

Die Uebergabe ist nun „die Einräumung der tatsächlichen Gewalt" über die Sache, ist nicht zweiseitige Willenserklärung, sondern ein Realakt. Kann sich der Bedachte bei diesem Realakt vertreten lassen? — Diese Frage hätte man schon unter III,3 prüfen müssen. Ein Eingehen auf diese Frage war jedoch deshalb nicht notwendig, da von der Publizitätsstellung des Veräußerers gesprochen wurde, und diese ja vernichtet ist, wenn der Dritte dem Bedachten mit Willen des Veräußerers die unentgeltliche Zuwendung ausgeantwortet hat. — Diese Frage muß man jedoch verneinen. Der Besitz ist, wie dies aus der Natur des Besitzes hervorgeht, kein Recht in gewöhnlichem Sinne, er setzt sich vielmehr aus tatbestandlichen und rechtlichen Elementen zusammen. Der Besitzerwerb durch Mittelspersonen ist im Sachenrecht speziell geregelt. Diese Spezialvorschrift geht den allgemeinen Vorschriften, also hier den §§ 164 ff. über Stellvertretung vor, und schließt damit die Anwendung und zwar sogar eine analoge der allgemeinen Stellvertretungsgrundsätze für Rechtsgeschäfte schlechthin aus[1]).

Kann man nun sagen, die Stellvertretungsgrundsätze finden deshalb auf die Uebergabe Anwendung, weil der Gesetzgeber beim Erwerb des Besitzes anscheinend verlangt, daß der Erwerber den Besitz mit seinem Willen erworben haben muß?

Zwar ist es bestritten, ob zum Besitz auch ein Wille erforderlich ist, jedoch ist es nicht Aufgabe dieser Arbeit, diesen Streitpunkt zu behandeln. Verfasser folgt der Lehre, die den Willen für erforderlich hält.

Trotz dessen kann man auf den Besitz die Stellvertretungsgrundsätze nicht anwenden. Da der Besitz kein Recht im eigentlichen Sinne ist, kann sich der geäußerte Besitzwille nur auf das tatsächliche Herrschaftsverhältnis, das tatsächliche Haben der Sache, beziehen. Es ist also nur gerichtet auf die Herbeiführung eines rein tatsächlichen Erfolges. Auf die Herbeiführung der rechtlichen Folgen ist er nicht gerichtet, diese treten vielmehr unabhängig vom Willen kraft Gesetzes ein. Dieser Wille ist eben kein rechtsgeschäftlicher, nur ein tatsächlicher, da er ja nicht auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtet, „sondern nur ein auf Her-

[1]) Bruns, S. 85.

stellung des tatsächlichen Zustandes gerichteter" ist[1]). Er ist demnach nicht als eine Willenserklärung im technischen Sinne aufzufassen. Eine Stellvertretung kann aber immer nur bei Willenserklärungen im technischen Sinne stattfinden. Da der Besitzwille keine Willenserklärung im technischen Sinne ist, ist es auch nicht möglich, auf den Besitzerwerb die Stellvertretungsgrundsätze anzuwenden.

Man kann daher bei dem Besitzerwerb nicht von einer Stellvertretung sprechen. Will man das Wort Stellvertretung hier gebrauchen, dann kann man damit nur meinen, daß durch die Tätigkeit eines anderen bei dem durch ihn Vertretenen direkte Wirkungen eintreten. Es wäre deshalb am besten, man spräche überhaupt nicht von einer Stellvertretung im Besitzerwerb, um jeden Irrtum auszuschalten. Bleibt man sich jedoch bei einer Vertretung im Besitzerwerb bewußt, daß in erster Linie sachenrechtliche Grundsätze entscheidend sind, so kann man sich auch der alten Terminologie des Gemeinen Rechts bedienen, die von Vertretung im Besitzerwerb spricht[2]).

Der Dritte kann aus den oben dargelegten Gründen den Bedachten bei der Uebergabe nicht vertreten, der Bedachte erlangt durch die Stellvertretung keinen unmittelbaren Besitz, weil es bei der Uebergabe keine Stellvertretung gibt. Der Dritte wird vielmehr selbst unmittelbarer Besitzer, wenn ihm das Zuwendungsobjekt vom Zuwendenden übergeben wird. Nur er ist unmittelbarer Besitzer, und nicht ist es so, daß durch die Erlangung oder Ausübung der tatsächlichen Gewalt über die Zuwendung seitens des Dritten der Bedachte als Vertretener rechtlich unmittelbaren Besitz erworben hätte.

Wenn nun der Dritte selbst den unmittelbaren Besitz erlangt hat, genügt dies hinsichtlich der Uebergabe des § 929, oder verlangt der Gesetzgeber, daß der Erwerber, der Bedachte, unmittelbarer Besitzer der Zuwendung geworden sein muß, um einen Eigentumsübergang nach § 929 konstruieren zu können? Wenn nun auch das Bürgerliche Gesetzbuch eine Vertretung beim Besitzerwerb prinzipiell verneint hat, so hat es doch in den §§ 855 und 868 Bestimmungen getroffen, die im Endziel den Folgen einer Vertretung gleichkommen. Im § 855 heißt es:

„Uebt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft usw. aus, so ist nur der Andere Besitzer."

---

[1]) Engel, S. 16.

[2]) Bruns, S. 88.

§ 855 verlangt ein Abhängigkeitsverhältnis für den „Besitzdiener"[1]), der für seinen Besitzherrn Erwerbshandlungen tätigt. Der Besitzdiener erwirbt ausschließlich für seinen Herrn, er ist nach dem Gesetz kein Besitzer der Sachen, sondern nur sein Besitzherr allein ist der eigentliche Besitzer. „Der Besitzherr wird von dem Besitzdiener nur in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt bald mehr bald weniger unterstützt[2]), er ist gewissermaßen nur Werkzeug seines Herrn. Dem Besitzherrn ist es jederzeit möglich, die Gewalt, die von seinem Besitzdiener über eine Sache ausgeübt wird, zu brechen. Der Besitzherr erwirbt den Besitz in jedem Fall kraft des Bestehens eines internen Abhängigkeitsverhältnisses ohne Rücksicht darauf, ob der Veräußerer gewußt hat, daß er es mit einem Besitzdiener zu tun hatte oder nicht.

Immer aber muß das Bestehen eines im § 855 gemeinten Abhängigkeitsverhältnisses da sein. Ob dieses Abhängigkeitsverhältnis ein dauerndes ist oder nur von vorübergehender Art[3]), spielt keine Rolle. Kann man von einem solchen Abhängigkeitsverhältnis beim Geschäftsführer ohne Auftrag sprechen? Der Besitzdiener hat, wie § 855 sagt, nach bestimmten Weisungen seines Herrn zu handeln. Von bestimmten Weisungen kann man jedoch beim Geschäftsführer ohne Auftrag nicht reden. Dann fehlt es auch an dem Abhängigkeitsverhältnis, wie es § 855 erfordert.

Wenn nun auch § 855 von vertretungsähnlichen Wirkungen spricht, so gibt dieser Umstand noch keine genügende Handhabe dafür, von einer Stellvertretung im Sinne der §§ 164 ff. zu sprechen und diese §§ etwa analog anzuwenden[4]). Man wird dies deshalb ablehnen müssen, weil die §§ 164 ff. und § 855 in ihrem Wesen zu verschieden sind.

> Für die Fremdwirkung bei der Vertretung (§ 164) ist doch stets maßgebend das Auftreten des Vertreters gegenüber dem Drittkontrahenten, also das Außenverhältnis ausschlaggebend, während bei § 854 das Innenverhältnis die Beziehungen des Besitzdieners zum Besitzherrn das Entscheidende ist[5]).

Es bleibt jetzt nur noch übrig zu untersuchen, ob die Geschäftsführung ohne Auftrag dem § 868 zugerechnet werden, ob ein Geschäftsführer ohne Auftrag Besitzvermittler nach § 868 sein kann und ob dieses Besitzvermittlungsverhältnis für das Moment der

[1]) Becker, S. 46.
[2]) Staudinger § 855 II.
[3]) Staudinger § 854 II, 3a.
[4]) Leonhard S. 63.
[5]) ähnl. auch Engel S. 17.

Uebergabe nach § 929 genügt. Während im § 855 der Besitzherr Alleinbesitz erworben hat, die Besitzperson nur die tatsächliche Gewalt herbeigeführt hat, erlangt die Mittelsperson des § 868 selbst den unmittelbaren Besitz, jedoch mit der Wirkung, daß der andere, der zu ihr in einem der angegebenen Verhältnisse steht, neben ihr ebenfalls Besitzer und zwar „mittelbarer" wird. Hat dadurch, daß der Dritte den unmittelbaren Besitz erlangt hat, der Bedachte mittelbaren Besitz erhalten? Genügt eine Erlangung des mittelbaren Besitzes überhaupt zum Eigentumsübergange?

Das Gesetz spricht bei der Uebergabe, wie wir gesehen haben, nur von der Besitzverschaffung. Ob dies ein unmittelbarer Besitz sein muß, oder auch der mittelbare Besitz hinreicht, ist nicht gesagt. Auch die Gesetzesmaterialien geben uns darauf keine übereinstimmende Antwort. Die Literatur ist verschiedener Ansicht.

Vor allem ist es Leonhard[1]), der den Erwerb eines mittelbaren Besitzes nicht für hinreichend hält, um dadurch das Moment der Uebergabe zu erfüllen.

> Er meint, der Erwerb des mittelbaren Besitzes sei nur ein „Ersatz der Uebergabe", weil die §§ 930 und 931, in denen der Veräußerer dem Erwerber den mittelbaren Besitz verschaffe, nur von einem Ersatz spräche. Der mittelbare Besitz sei aber nur in den §§ 930 und 931 als Ersatz für die Uebergabe zugelassen. Damit ein Eigentumsübergang stattfinde, nimmt Leonhard folgendes an: Die Einigung über den Eigentumsübergang werde von dem Vertreter im Namen des Vertretenen mit dem Veräußerer abgeschlossen, wirke also nach § 164 unmittelbar für den Vertretenen. Auf Grund dieser Einigung verschaffe der Veräußerer dann nur dem Vertreter nicht dem Vertretenen den unmittelbaren Besitz, und nur wieder Besitz, nicht aber gebe er hierdurch sein Eigentum auf. Der Veräußerer habe noch als Eigentümer gegen den im Besitz befindlichen Vertreter einen Eigentumsanspruch. Diesen Herausgabeanspruch trete er gemäß § 931 dem Vertretenen ab. Erst mit der Abtretung dieses Anspruchs an den Vertretenen gehe das Eigentum auf den Letzteren über. Denn eine solche Abtretung sei, da sie die Uebertragung des Eigentums bezwecke, als von dem Uebereignenden mit dem Vertreter abgeschlossen anzunehmen, und diese Abtretung wirke, da es sich hier um ein Rechtsgeschäft handele, unmittelbar für den Vertretenen, dadurch werde also erst Eigentum verschafft.

[1]) ähnl. Leonhard, Stellvertretung, S. 84.

Diese, wie Leonhard selbst sagt, „künstliche Konstruktion wird allgemein abgelehnt. Leonhard scheint dabei von falschen Voraussetzungen ausgegangen zu sein[1]). Er hat anscheinend das Wesen der §§ 930 und 931 verkannt. Die in den §§ 930 und 931 genannten Fälle genügen dem Gesetzgeber, um Eigentum durch mittelbaren Besitz übergehen zu lassen. Dem Gesetzgeber kommt es nach dem im Bürgerlichen Gesetzbuch herrschenden Traditionsprinzip und dem von diesem geforderten Publizitätsgedanken darauf an, daß der Eigentumsübergang durch sinnfälligen Vorgang auch äußerlich kenntlich sein soll. Dieser Publizität ist immer dann genügt, wenn eine reale Hingabe erfolgt, die Sache also eine Raumveränderung erleidet, gleichgültig, ob der Erwerber mittelbaren oder unmittelbaren Besitz erhält. Nur deshalb, weil dieser Raumwechsel im § 930 nicht erfolgt, spricht dieser § von einem Ersatz, nicht aber, weil nur mittelbarer Besitz übertragen wird.

Im Falle des § 931 hat der Veräußerer keinen Besitz an der Sache mehr, diesen vielmehr einem Dritten überlassen. Er kann seine Sache nicht übergeben, da er ja keinen Besitz aufgeben kann. Nach dem Publizitätsprinzip kommt es weniger darauf an, welchen Besitz der Erwerber, ja, ob er überhaupt einen Besitz erhält, sondern vielmehr darauf an, daß der Veräußerer seinen Besitz aufgibt. Wenn also der Veräußerer seinen Besitz nicht mehr aufgeben kann, weil er ihn schon aufgegeben hat, so muß die Uebergabe durch Abtreten des Herausgabeanspruchs „ersetzt“ werden.

Hier aber ist der Uebereignende in dem Zeitpunkt, in dem er dem anderen Eigentum übertragen will, noch im Besitz der Sache, und er übergibt an den Vertreter die Sache. Er tritt nicht nur einen Herausgabeanspruch ab, sondern er gibt in Wirklichkeit jetzt den Besitz der Sache tatsächlich auf, der Vertretene erlangt dadurch den unmittelbaren Besitz. Die Sache erleidet damit eine Ortsveränderung, und damit ist dem Traditionsprinzip Genüge geschehen.

Die herrschende Ansicht hat sich deshalb auf den Standpunkt gestellt, daß die Erlangung des mittelbaren Besitzes genügt, um nach § 929 von einer erfolgten Uebergabe sprechen zu können. Es genügt, wenn der Vertreter unmittelbaren Besitz, der Vertretene mittelbaren Besitz erhalten hat.

Dies erkennt auch eine Entscheidung des Oberlandesgerichts in Hamburg an[2]), es sagt darin, „wenn auch der § 929 auf Seiten des Uebergebers zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitz

---

[1]) hierzu Isay, S. 342.

[2]) Seuff. Arch. Bd. 59, S. 188.

einen Unterschied macht, ergibt dies nichts, daß er den gleichen Unterschied auch auf Seiten des Empfängers macht. Auf dessen Seite genügt, wenn der mittelbare Besitz erworben wird."

Planck sagt dazu[1]): „Der Erwerb des Eigentums muß durch Uebergabe an einen Stellvertreter möglich sein. Das praktische Bedürfnis erfordert dies unbedingt und das Bürgerliche Gesetzbuch hat dies sicherlich nicht ausschließen wollen." Es genügt also zum Eigentumsübergang nach § 929 nicht bloß der unmittelbare Besitz, sondern auch der mittelbare Besitz. „Wo das Gesetz vom Besitz schlechthin spricht, ist auch darunter der mittelbare Besitz zu verstehen"[2]).

Der Gesetzgeber gibt uns an einer anderen Stelle recht, er sagt im § 897 ZPO.: „Die Uebergabe . . . . . gilt als erfolgt, wenn der Gerichtsvollzieher zwecks Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt". Also in erster Linie kommt es darauf an, daß der Veräußerer nicht mehr Besitzer bleibt.

Es fragt sich nun, ob der Dritte als Geschäftsführer ohne Auftrag dem Bedachten den mittelbaren Besitz verschafft. Sind die auf Grund der Geschäftsführung ohne Auftrag bestehenden Beziehungen zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn solcher Art wie die im § 868 genannten? Diese Frage gehört mit zu den bestrittensten im Bürgerlichen Gesetzbuch. Während die herrschende Meinung[3]) sie verneint, wird sie u. a. von Wolff und Bruns bejaht.

§ 868 sagt: „Besitzt jemand eine Sache ,als Nießbraucher Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)."

Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist vom Gesetzgeber nicht erwähnt. Fällt sie nun unter die Klausel „ähnliches Verhältnis". Der Gesetzgeber fordert einmal unmittelbaren Besitz und zweitens ein Besitzvermittlungsverhältnis zwischen diesem und dem mittelbaren Besitzer. Damit sind aber noch nicht alle Erfordernisse erfüllt, die § 868 aufstellt, um daraus mittelbaren Besitz folgern zu können.

Wir müssen noch erklären, was der Gesetzgeber unter dem „ähnlichen" Verhältnisse versteht. Denn die beiden ersten Tatsachen kann man dem Gesetz entnehmen, ohne daß man das Beiwort „ähnlich" berücksichtigt hat. Unter dem „ähnlichen"

[1]) Planck § 929 V.

[2]) Cosack Bd. II § 193 c 1. Neumann, § 868 II, 1.

[3]) u. a. Oertmann § 868, 6; Planck § 868, 2 b; Rehbein S. 279, 1. Abschnitt.

Verhältnis des § 868 kann man nun zweierlei verstehen. Entweder das gemeinsame Merkmal der ausdrücklich aufgezählten Fälle des mittelbaren Besitzes ist nur im Sinne des Relativsatzes zu finden, d. h. in der Berechtigung oder Verpflichtung auf Zeit, oder aber zu diesem letzten Momente soll auch ein weiteres Kriterium hinzutreten, das aus den besonderen Fällen erst zu entnehmen ist.

Die herrschende Meinung sieht das Merkmal der Aehnlichkeit darin, daß der unmittelbare Besitzer sein Recht zum Besitze von dem mittelbaren Besitzer ableitet[1]). Diese Meinung sucht man damit zu rechtfertigen, daß man sagt, sie fände ihre Stütze in den §§ 941, 986, 991. Hier spricht der Gesetzgeber davon, daß der unmittelbare Besitzer sein Recht zum Besitz vom mittelbaren Besitzer ableitet. Es liegt hier jedoch, wie bereits Wolff hingewiesen hat, ein „redaktionelles Versehen" vor[2]). Wollte man von einem abgeleiteten Recht zum Besitz sprechen, dann müßte der Gesetzgeber davon in allen §§ sprechen, in denen er den mittelbaren Besitz behandelt[3]).

Dem ist aber nicht so, da es im Gesetz Fälle gibt, wo von einem solchen abgeleiteten Recht zum Besitz nicht die Rede ist, so in den §§ 1381 und 1646[4]). Der Ehemann (§ 1381) besitzt nicht deshalb, weil er das Recht dazu von seiner Ehefrau herleitet, sondern kraft eigenen höchstpersönlichen Rechts, das ihm durch Gesetz (§ 1373) verliehen ist. Diese Theorie muß weiterhin schon da versagen, wo, wie in unserem Falle, der Besitzmittler, der Dritte, von dem Zuwendenden erwirbt, also von einem Dritten. Was meint der Gesetzgeber nun mit „ähnlichem Verhältnis"?

§ 868 verlangt ein ähnliches Verhältnis, vermöge dessen er — der Besitzmittler — einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt ist usw. Man muß also von einem Rechtsverhältnis zwischen Mittler und mittelbarem Besitzer sprechen können. Daß das Rechtsverhältnis tatsächlich besteht, ist nicht erforderlich, es muß nur von dem unmittelbaren Besitzer als bestehend anerkannt sein[5]). Das Gesetz spricht nämlich nicht davon, daß ein Mietverhältnis usw. wirklich vorliegt, sondern nur davon, daß jemand „als Mieter" usw. besitzt[6]).

---

[1]) So Biermann § 868 2 c. Staudinger § 868, 3.

[2]) Przibilla J. W. 08 S. 396.

[3]) Strohal S. 26 und Kämmerer S. 158.

[4]) Engel S. 20.

[5]) Neumann § 868 3 b. Przibilla S. 397.

[6]) ähnl. Wolff §§ 8 und 2.

Das Wesen der Aehnlichkeit verlangt aber mehr als dieses nur subjektive Moment des Besitzmittlers, der den Anderen als mittelbaren Besitzer anerkennen will. Es ist noch ein weiteres Erfordernis notwendig, „jemand ist auf Zeit zum Besitz berechtigt und verpflichtet“. Nur eine Zeitlang kann der Besitzmittler den unmittelbaren Besitz ausüben. Ist die Zeit verstrichen, dann muß er die Sache herausgeben. Der „Andere“ muß den Besitz herausverlangen können. Diesen Herausgabeanspruch muß der Andere haben. Dies folgt aus § 870, denn der mittelbare Besitz wird durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übertragen. Hier wird also ausdrücklich anerkannt, daß der mittelbare Besitzer einen Herausgabeanspruch an den Mittler haben muß. Hat er diesen nicht, dann ist er eben kein mittelbarer Besitzer. Ebenso verlangt auch Wolff[1]) für die Annahme eines mittelbaren Besitzes neben dem subjektiven Moment der Anerkennung des mittelbaren Besitzes als „Oberbesitzer“ der Sache noch einen gültigen Herausgabeanspruch als objektives Merkmal.

Es müssen also folgende Voraussetzungen erfüllt sein, wenn man annehmen will, daß der Dritte als Geschäftsführer ohne Auftrag für den Vertretenen einen mittelbaren Besitz vermittelt.

1. Er muß unmittelbarer Besitzer sein. Dies trifft zu, ihm ist von dem Zuwendenden als dem Veräußerer die zu erwerbende Sache übergeben worden. Dadurch erlangt er die tatsächliche Gewalt, und da ein Fall des § 855 nicht vorliegt, unmittelbaren Besitz.

2. Es muß ein Rechtsverhältnis vorliegen, auf Grund dessen er jemanden als mittelbaren Besitzer anerkennt. Dieses Rechtsverhältnis liegt eben in der Geschäftsführung ohne Auftrag. Daß das Verhältnis vertraglich begründet ist, ist ja nicht notwendig. Er hat nun den Willen, die Sache für den Vertretenen zu erwerben, er will ihm den Besitz vermitteln. Er ist sich bewußt, als Geschäftsführer ohne Auftrag zu handeln, er erkennt den Vermittler als den eigentlichen Geschäftsherrn als „Oberbesitzer“ an. — Der Vertreter, der nun eine Sache direkt für den Auftraggeber erwirbt, soll hier den Willen haben müssen, für einen anderen Besitz auszuüben. Hier muß jede Theorie, die es nur auf das objektive Vorliegen eines Rechtsverhältnisses und es nicht auf den Besitzwillen ankommen läßt, das Entstehen mittelbaren Besitzes annehmen, selbst wenn der Erwerber die Sache für sich erwerben will. Und doch verlangt das Gesetz im § 868, daß er die Sache als Beauftragter erwerben muß, wie er sie auch weiterhin als Beauftragter besitzen muß. Kann man da nicht nur die

[1]) Wolff S. 25.

Ansicht für die allein richtige halten, die einen Besitzwillen voraussetzt? —

3. Hat der Geschäftsherr einen Herausgabeanspruch gegen den Geschäftsführer? Dies bejahen die §§ 681, 667, die einen Herausgabeanspruch des durch die Geschäftsführung Erlangten gewähren. Daß der Geschäftsführer verpflichtet ist, bis zur Herausgabe die in seinem Besitz befindlichen Sachen zu verwahren, ergibt sich aus der Denkschrift „Gesetz betreffend Aenderungen der Zivilprozeßordnung" Seite 19. Hier wird der Geschäftsführer ohne Auftrag als ein Besitzer bezeichnet, der den mittelbaren Besitz für den Geschäftsherrn begründet.

Daß ein Geschäftsführer ohne Auftrag mittelbaren Besitz vermittelt, sagt auch Wolff: „Bei Ungültigkeit ist ein aus ihm fließender Herausgabeanspruch nicht gegeben; aber es besteht zumeist statt dessen ein anderer oft schwächerer Herausgabeanspruch, bald aus unerlaubter Handlung, bald aus auftragloser Geschäftsführung oder ungerechtfertigter Bereicherung: Und solch ein Anspruch reicht zur Besitzmittlung hin."[1]) Das Gleiche sagt Kipp: „Allein als einen Anspruch auf Herausgabe faßt das Bürgerliche Gesetzbuch auch den Anspruch des Geschäftsherrn auf Ablieferung dessen auf, was der Beauftragte, der Geschäftsführer ohne Auftrag aus der Geschäftsführung erlangt. Diese Personen sind auch dem Geschäftsherrn gegenüber verpflichtet, interimistisch, d. h. eben bis zur Herausgabe das Erlangte für den Geschäftsherrn zu besitzen und zu bewahren."[2])

Wenn verschiedene Schriftsteller einen mittelbaren Besitz für den annehmen, der einen gültigen Herausgabeanspruch hat, so genügt dies allein noch nicht. Zwar ist der Herausgabeanspruch der „Kern" des mittelbaren Besitzes[3]), aber er ist nicht der mittelbare Besitz selber. Es gehören dazu noch die oben aufgestellten Voraussetzungen. Es ist nämlich weiter wichtig das Rechtsverhältnis zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer, zwischen Ober- und Unterbesitzer. Die Stellung des mittelbaren Besitzers ist immer nur eine provisorische, er hat auf den ihm zukommenden unmittelbaren Besitz, den er erwerben soll, vorläufig verzichtet und ihn einem anderen auf Zeit überlassen. Die Ueberlassung des unmittelbaren Besitzes ist immer nur eine zeitweilige. Der mittelbare Besitzer leitet sein Besitzrecht von dem Oberbesitzer ab und vermittelt ihm wiederum den Besitz, die tatsächliche Gewalt. Dieser Oberbesitz ist gegenwärtige Herrschaft, deren Ausübung

[1]) Wolff § 8,2.

[2]) Windscheid-Kipp S. 796.

[3]) Bruns S. 85.

zum größten Teil einem anderen überlassen ist, aber er ist tatsächliche Macht, nicht bloß Anwartschaft auf künftige Macht. Daher beruht denn auch der mittelbare Besitz nicht ausschließlich auf dem Herausgabeanspruch, der nur ein Mittel ist, die Anwartschaft auf künftige unbeschränkte Herrschaft zu sichern und die letztere im Notfall zu erzwingen. Freilich ist er das stärkste Machtmittel dem unmittelbaren Besitzer gegenüber, aber eben nicht die einzige Voraussetzung für einen Besitzerwerb[1]).

Planck[2]) begründet seine Gegenansicht, daß der Geschäftsführer ohne Auftrag seinem Geschäftsherrn nicht zum mittelbaren Besitzer machen könne damit, daß er sagt, diese Fälle hätten mit einem Verwahrungsvertrag keine Aehnlichkeit.

> Denn hier handele es sich um eine Sache, die als solche noch nicht dem Vermögen des Auftraggebers angehöre, sich vielmehr nur erst auf dem Wege dorthin befinde. Es fehle deshalb an jedem Anlaß, dem Auftraggeber an einer solchen Sache Besitz zuzuschreiben, gleichsam, als würfe das Ereignis seine Schatten voraus. Es sei deshalb jede Besitzvermittlung abzulehnen bis es zur Uebereignung der Sache an den Auftraggeber komme oder bis etwa aus anderen Gründen sich im einzelnen Fall ein ähnliches Verhältnis vorausbilde.

Dem kann man nicht zustimmen; wohl handelt es sich um eine Sache, die erst in das Vermögen des Auftraggebers bzw. bei der Geschäftsführung ohne Auftrag in das des Geschäftsherrn fallen soll. Dies ist auch nicht anders denkbar, da hier von einer dritten Person erworben wird. Dürfte nicht Planck zur Ablehnung des Geschäftsführers als eines Mittlers zum mittelbaren Besitz gekommen sein aus dem Grunde, weil er der Ansicht ist, der unmittelbare Besitzer müsse sein Recht zum Besitz von dem mittelbaren Besitzer ableiten? In dem Augenblick, wo der Geschäftsführer ohne Auftrag für einen anderen erwirbt, erwirbt er dem anderen mittelbaren Besitz. Es beruht eben, wie Wolff sagt[3]), der mittelbare Besitz auf „einer starken Vergeistigung des Sachherrschaftsbegriffs“. In dem Augenblick, in dem der Geschäftsführer unmittelbaren Besitz erlangt, erscheint der Geschäftsherr als tatsächlicher Herrschaftsbesitzer.

Wir haben also gesehen, daß der Dritte als Geschäftsführer ohne Auftrag für den Bedachten mittelbaren Besitz erwerben kann. Der Bedachte hat den mittelbaren Besitz erlangt, sobald der Dritte unmittelbarer Besitzer geworden ist. Es kommt hier also nicht auf

[1]) Bruns S. 156.

[2]) Planck § 868, 2 b.

[3]) Wolff, § 8 I, 1.

den Zeitpunkt an, wann das Zuwendungsobjekt dem Bedachten vom Geschäftsführer ohne Auftrag übergeben wird; ob vor oder nach dem Tode des Zuwendenden ist gleichgültig. Dem § 929 ist mithin hinsichtlich der Uebergabe genügt. Denn § 929 versteht unter Uebergabe nicht nur die Erlangung des unmittelbaren, sondern auch des mittelbaren Besitzes[1]). Daß verschiedene Schriftsteller den unmittelbaren Besitz erst entstehen lassen, wenn der Geschäftsherr die Geschäftsführung genehmigt, trotzdem sie auftraglose Geschäftsführung als Besitzvermittlungsverhältnis anerkennen, erscheint als eine Folgewidrigkeit[2]). Wenn dazu auch ein Reichsgerichtsurteil (Bd. 63, S. 18) angeführt wird, so ist das nicht richtig. Das Reichsgericht läßt hierin nur erkennen, daß für die Einigung Genehmigung erforderlich ist, nicht aber, daß es dies für den Besitzerwerb verlangt.

Es ist vielmehr so, daß „durch das Tätigwerden selbst ohne weiteres Rechte und Pflichten begründet werden"[3]). Eine einseitige Handlung des Beauftragten — auch des Geschäftsführers ohne Auftrag — setzt den Auftraggeber mit der Sache in Beziehung. „Auf Grund des Innenverhältnisses zwischen Herrn und Mittler und des unmittelbaren Fremdbesitzes des letzteren, wird der mittelbare Besitz für den Herrn erworben"[4]).

Wir kommen nun auf das erste Moment der Uebereignung, auf die Einigung zurück. Wie nachgewiesen, finden auf die Einigung als einer Abgabe von Willenserklärungen die Vorschriften über die Vertretung Anwendung. § 164 I sagt: „Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Der Dritte hatte keine Vertretungsmacht, ist er doch Geschäftsführer ohne Auftrag. Durch § 177 wird jedoch die „nachträgliche Zustimmung (die Genehmigung) in ihren Wirkungen der Vertretungsmacht gleichgestellt". Die Genehmigung wirkt nicht nur rein obligatorisch, sondern auch dinglich ex tunc[5]). „§ 177 spricht ganz allgemein von Verträgen und bei der Sorgfalt, mit der das Bürgerliche Gesetzbuch redigiert ist, kann man nicht annehmen, daß wenn die Absicht dahin gegangen wäre, § 177 auf obligatorische Verhältnisse zu beschränken, dies nicht ausdrücklich ausgesprochen wäre"[6]),

---

[1]) Zu diesem Abschnitt kommt Engel S. 24 zu demselben Ergebnis.

[2]) Bruns, S. 164, Anm. 2.

[3]) Fischer-Henle § 677.

[4]) Engel S. 24; Kämmerer S. 163.

[5]) Dies die herrschende Meinung u. a. Staudinger § 84; Planck § 177,II; Enneccerus § 170, § 177, § 178 Anm. 7.

[6]) Planck § 177, 2.

Dadurch, daß nun der Bedachte die Zuwendung annimmt, gibt er durch diese konkludente Handlung seine Genehmigung zu dem zwischen dem Dritten und dem Zuwendenden abgeschlossenen Rechtsgeschäft. Wie § 184 sagt, „wirkt die Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück“. Die Einigung gilt also schon von der Zeit an, in der der Dritte und der Zuwendende die Einigung abgeschlossen haben, als vollwirksam für und gegen den Bedachten. Die Einigung, die bisher nur schwebend unwirksam war, wird nun so angesehen, als ob sie von Anfang an vollwirksam gewesen wäre.“[1]) Zwischen dem Zuwendenden und dem Bedachten ist also eine gültige Einigung zustande gekommen somit ist den Erfordernissen des § 929 genügt; Einigung und Uebergabe sind vorhanden.

Der Bedachte hat deshalb in dem Augenblick Eigentum erworben, in dem der Dritte — als Mittelsperson des Bedachten — mit dem Zuwendenden den Uebereignungsvertrag abschließt.

Zu demselben Ergebnis kommen wir auch, wenn wir annehmen, der Dritte habe als Geschäftsführer ohne Auftrag dem Bedachten keinen mittelbaren Besitz verschaffen können. Die Genehmigung wirkt nun dinglich. Es ist kein Grund vorhanden, „die Vorschriften über die Genehmigung bei dinglichen Verträgen auszuschließen“[2]). Die Genehmigung wirkt aber nicht nur auf die Einigung, sondern auch auf die Uebergabe zurück.

Der Meinung Isays[3]) kann man sich nicht anschließen. Er sagt: „Wenn § 184 I der Genehmigung rückwirkende Kraft beilegt, so bezieht sich diese auch nur auf rein rechtsgeschäftliche Vorgänge, für Vorgänge realer Natur wird sie ihr durch § 184 II ausdrücklich versagt.“ § 184 II sagt aber nur, daß genehmigte Verfügungen wirksam sind, wenn keine Zwischenverfügung getroffen ist, die der Rückwirkung der Genehmigung entgegensteht[4]).

Von einer Zwischenverfügung kann in unserem Fall keine Rede sein, § 184 meint zwar nicht nur Zwischenverfügungen, sondern er gilt für jedes Recht, das zur Zeit der Genehmigung für einen Dritten schon begründet war[5]), oder, wie von Tuhr sagt, sogar dann, wenn „für den Genehmigungsberechtigten aus dem Vertrag eine Anwartschaft entstanden ist“[6]). Ein Erbfall kann

---

[1]) Staudinger § 184,3.

[2]) Enneccerus § 170 I, 1.

[3]) Isay S. 360, 4 Abschn. S. 458 Anm. 4.

[4]) Staudinger § 184 III; Oertmann § 184,4 c.

[5]) Enneccerus § 191 Anm. 18; Planck § 177, II, § 184 I b. Dernburg § 114.

[6]) von Tuhr II, 2 S. 238.

aber nicht als Zwischenverfügung gelten, ein Erbfall ist nicht im Sinne des § 184 II ein Rechtsgeschäft. Für den Bedachten als den Vertretenen ist aber eine Anwartschaft entstanden, und zwar aus dem Vertrag des vollmachtlosen Stellvertreters, des Dritten.

Die Ansicht, daß der Genehmigung rückwirkende Kraft für Einigung und Uebergabe beizumessen ist, verteidigt auch Kämmerer. Ihm ist darin beizupflichten wenn er sagt: „Man kann nicht aus der zur Verhütung von unredlichem Handeln des Genehmigenden getroffenen Einschränkung den Grundsatz herausschälen, daß die Rückwirkung überhaupt nicht Vorgänge realer Natur in ihrem Kreis zu ziehen imstande ist.“[1]) Der Bedachte hat durch seine konkludente Handlung das ganze Geschäft, die Uebereignung genehmigt. Die Genehmigung wirkt also zurück auf Einigung und Uebergabe.

Bei der Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen geht auch mit der Genehmigung des Vertrages durch den Vertretenen das Eigentum sofort auf den Erwerber über. Auch hierbei brauchen wir nicht zu entscheiden, ob Einigung und Uebergabe zusammen als dinglicher Vertrag gelten, oder, ob nur die Einigung dinglicher Vertrag ist, zu der die Uebergabe als selbständiges Erfordernis hinzutritt, um von einer Uebereignung sprechen zu können. Es herrscht kein Zweifel, daß beide, Einigung und Uebergabe, Erfordernisse für § 929 sind, beide müssen gemeinsam genehmigt werden. Die Genehmigung wirkt auf beide Erfordernisse, die § 929 aufstellt, zurück. Es ist also eine Einigung zwischen dem Zuwendenden und dem Bedachten von vornherein da. Von Anfang an ist der Bedachte auch mittelbarer Besitzer, der Bedachte ist also Eigentümer der Zuwendung geworden, auch wenn die Uebergabe seitens des Dritten auf diesen erst nach dem Tod des Zuwendenden erfolgt.

2. Der Stellvertreter.

Hätte nun der Dritte nicht als vollmachtloser Vertreter gehandelt, sondern wäre er von dem Bedachten beauftragt worden, würde also als dessen Stellvertreter handeln, dann würden wir ebenso zu entscheiden haben, wie bei der vollmachtlosen Stellvertretung. Denn der Erwerber kann sich vertreten lassen bei der Einigung unbeschränkt, bei dem Besitzerwerb durch Uebergabe ist aber immer zu beachten, daß es eine Stellvertretung im Besitz als solche nicht gibt, und nicht geben kann, weil es ein tatsächliches

[1]) Kämmerer S. 164.

Verhältnis ist[1]). Die Stellvertretung kann sich deshalb nur auf die dabei abzugebenden Willenserklärungen beziehen, also nur die Einigung kann durch Stellvertreter erfolgen.

Wie wir gesehen haben, kann der Bedachte Eigentum durch Stellvertreter — Stellvertreter in dem oben erwähnten und nicht im rechtsgeschäftlichen Sinne — nur erwerben, wenn der Empfänger der Sache den von ihm Vertretenen kraft eines unter § 868 fallenden Rechtsverhältnisses zum mittelbaren oder kraft eines Besitzdienerverhältnisses im Sinne von § 855 zum unmittelbaren Besitzer macht. Für die Uebergabe ist demnach besonders wichtig, das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenen, liegt dies nicht vor, dann erwirbt der Vertretene keinen Besitz.

Auch der Auftrag fällt unter das „ähnliche Verhältnis" von § 868, freilich muß der Beauftragte nicht schlechthin Besitz erwerben wollen, sondern direkt für den Auftraggeber, da der Zuwendende ein Interesse daran hat, wer an der Zuwendung Eigentum erhalten solle. Nach § 164 ist dabei belanglos, ob der Vertretene dem Gegenbeteiligten bekannt ist. Es kommt nur darauf an, daß das Vertretungsverhältnis erkennbar hervortritt. Es kann wohl dann kein Zweifel bestehen, daß, wenn der Beauftragte als solcher in Ausführung des Auftrags den Besitz der Sache erwarb, vom Momente der Besitzerlangung an der Sache dem Auftraggeber gegenüber zum Besitz der Sache verpflichtet ist und zugleich der Auftraggeber einen Anspruch auf Herausgabe eben dieser Sache hat. Solange nun der Beauftragte unmittelbarer Besitzer ist, hat er gewissermaßen nur prokuratorischen Besitz und Fremdbesitz, sein Besitz ist in diesem Sinne ein ihm bloß anvertrauter, ein Besitz, der eigentlich zu dem Vermögen des Auftraggebers gehört, mit einem Vermögensopfer des Auftraggebers erkauft ist[2]).

Der Bedachte hat also Eigentum an der Zuwendung erworben, wenn sein Beauftragter oder ein Geschäftsführer ohne Auftrag für ihn den mittelbaren Besitz erworben hat. Es spielt hierbei, wie schon mehrfach gesagt, keine Rolle, ob die Uebergabe der unentgeltlichen Zuwendung seitens des Dritten erst nach dem Tode des Zuwendenden stattfindet.

Der Zuwendende hat aus den erwähnten Gründen die Möglichkeit, Eigentum an einer unentgeltlichen Zuwendung auf den Todesfall dem Bedachten mit Hilfe eines Dritten zu übertragen, wenn dieser Dritte Mittelsperson des Bedachten ist.

---

[1]) RGRK. § 929,III.

[2]) Bruns S. 163.

Lebenslauf des Verfassers.

Als Sohn des im Jahre 1929 verstorbenen Schlachthofdirektors und praktischen Tierarztes Max Gödel und seiner Ehefrau Gertrud, Elisabeth Gödel, geb. Tietze, bin ich am 20. April 1907 in Strehlen (Schlesien) geboren. Ich bin arischer Abstammung. Von 1913 bis 1917 besuchte ich in Strehlen die evangelische Stadt-Schule. Meine weitere Schulbildung genoß ich an dem humanistischen Königlichen Kaiser-Wilhelm Gymnasium und bestand hier im März 1926 die Reifeprüfung. Ich studierte an den Universitäten Berlin, Bonn und Breslau die Rechtswissenschaften. In Breslau bestand ich im November 1930 meine erste juristische Staatsprüfung und wurde im Dezember desselben Jahres zum Referendar ernannt. Ab 1. Januar 1931 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst und bin seit Oktober 1932 in Breslau wohnhaft. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich an der Universität Breslau im Februar 1933.